

EGON BOCKMANN MOREIRA
FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

LICITAÇÃO PÚBLICA

*A Lei Geral de Licitações/LGL
e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*

 **MALHEIROS**
EDITORES

PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DA LICITAÇÃO

2.1 Licitações e os princípios do direito administrativo. 2.2 Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade: 2.2.1 O princípio da igualdade e as discriminações expressamente proibidas – 2.2.2 Ainda o princípio da isonomia: limitações subjetivas às licitações e contratações (impedimentos). 2.3 Os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. 2.4 A proposta mais vantajosa. 2.5 Os objetivos da licitação e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. 2.6 O conceito-chave de “desenvolvimento sustentável” e seus três componentes. 2.7 A Lei de Licitações, o princípio da boa-fé e a base objetiva do negócio. 2.8 A Lei Geral de Licitações e o abuso de direito. 2.9 Licitações e o princípio da livre concorrência. 2.10 O dever de licitar e o princípio da eficiência. 2.11 As licitações eficientes e os custos de transação.

2.1 Licitações e os princípios do direito administrativo

O direito administrativo brasileiro é disciplina jurídica orientada por princípios explícitos e implícitos da Constituição. Esse feixe de normas superiores dá identidade ao regime jurídico-administrativo, bem como parâmetros e limites à atuação da Administração Pública. Ao seu tempo, a LGL enaltece uma gama de princípios com especial aplicação frente a essa atividade administrativa do Estado (sobretudo em seu art. 3º – cuja redação inspirou o art. 3º do RDC). Mas ressalte-se que o elenco consignado na LGL é exemplificativo, vez que a força motriz do direito administrativo é o texto constitucional.

Detentores de intenso conteúdo axiológico, os princípios são por demais abstratos e flexíveis para se submeterem ao conceito de “regra”

(e ao tradicional raciocínio subsuntivo puro). Antes que isso, “são – na dicção de Humberto Ávila – *normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”¹. Não há hierarquia entre os princípios, mas integração mútua (ponderação), fazendo com que assumam diferentes intensidades recíprocas em face dos casos concretos. Se é bem verdade que cada princípio tem sua marca essencial (a peculiaridade que o distingue dos demais), seria imperfeita sua singela compreensão autônoma, vez que todos estão integrados. Entre eles se dá ampla gama de “relações de complementaridade, de condicionamento e conjugação” – as quais, segundo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “explicam a necessidade de estabelecer operações de ‘concordância prática’ entre eles. A especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio em relação aos outros antes reclamam a *harmonização* dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles”².

Mas, atenção: o estudo dos princípios não pode implicar o desprezo às demais normas componentes do sistema jurídico. Dizer que os princípios são importantes não pode implicar a revogação das regras legais, e muito menos a destruição das regras contratuais.

2.2 Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade

O nascimento do direito administrativo coincide com o surgimento do princípio da legalidade. Os provimentos administrativos são concebidos como atos de autoridade justamente porque oriundos, submetidos e emanados em atendimento à legislação. A autoridade é atributo normativo, não pessoal.

O *princípio da legalidade* significa que a Administração está ordenada a cumprir os preceitos normativos positivados em lei (e disciplinados em regulamentos administrativos). A Administração não está ape-

1. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 71.

2. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 54.

nas subordinada ao Direito posto (tal como todos os cidadãos), mas deve orientar sua conduta a fim de dar cumprimento aos comandos legais. Só em virtude de lei que o administrador público pode fazer, deixar de fazer e/ou instalar comandos cogentes para as pessoas privadas. Não que isso autorize a leitura apressada dos textos normativos (e sua aplicação às cegas). O princípio da legalidade já abandonou tal compreensão fechada e simplista, pois a vida é muito mais rica que as palavras lançadas nos textos legais. A própria Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999) estabelece o critério de “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, I). Tal previsão explicita o princípio da juridicidade, pois nem todo o Direito encerra-se no texto das leis. A norma jurídica é construída pelo aplicador (e não meramente declarada por ele).

Ou seja: o princípio da legalidade não retrata a singela concepção de um rol de normas fechadas, que se encerram em sua própria leitura e, assim, limitam a atuação prática da Administração. Ao contrário, exige a compreensão do todo do ordenamento jurídico e a inserção da conduta cogitada, de forma harmônica, nesse universo normativo. A perfeita compreensão do comportamento administrativo e do texto legal que o prevê somente é possível em razão do contexto fático-normativo onde estão inseridos. São os *pressupostos contextuais* do comando normativo, as circunstâncias que autorizam (ou não) sua aplicação ao caso concreto. Assim deve ser compreendida a legalidade nas licitações e contratações públicas.

A legalidade traz consigo a *proporcionalidade* e a *razoabilidade*. Princípios implícitos na Constituição e explícitos na Lei 9.784/1999 (art. 2º, *caput*), ambos incidem sobre todas as atividades do Estado (política, legislativa, administrativa e jurisdicional). A razoabilidade e a proporcionalidade impõem perspectiva ponderada à aplicação da norma jurídica, vedando sua pura compreensão em abstrato e a automática subsunção à hipótese fática (numa operação mecânica que despreze o que efetivamente se dá no mundo real). A convivência e a coabitação do texto normativo e do contexto fático enaltecem as balizas para a construção da norma jurídica a ser aplicada.

Igualmente relevante nas licitações, o *princípio da impessoalidade* é uma das faces do princípio da isonomia, disciplinando que *todos são iguais perante a Administração Pública*. O vínculo jurídico que se es-

tabelece entre pessoas privadas e Administração é eminentemente objetivo, descartando cogitações subjetivas íntimas à pessoa do administrador. O tratamento dispensado a todos os particulares sempre há de ser o melhor possível (o mais eficiente), sem preferências ou perseguições. As únicas discriminações autorizadas são aquelas que tenham por lastro a norma jurídica e a relação desta com a realidade fática subjacente (a legitimidade do porquê da desigualação).

A impessoalidade incide sobre os dois polos da relação jurídico-administrativa: nem a pessoa privada pode receber benesses ou gravames derivados exclusivamente de sua condição pessoal, nem a Administração pode se comportar com lastro em concepções relativas à pura "vontade" do agente público. A conduta do administrador estatal deve ter como escopo a neutralidade, visando ao cumprimento objetivo do interesse público, tal como definido em lei.

Já, o *princípio da moralidade* define que a atuação administrativa do Estado deve ser orientada à concretização de valores éticos fundamentais. Não se pode prestigiar conduta administrativa apartada da probidade, do decoro, lealdade, boa-fé e segurança jurídica. Para o servidor público a obediência à moralidade é *cogente*. O princípio reflete a moralidade administrativa que os agentes públicos devem praticar; inexistente escolha em sua aplicação. São ilícitas todas e quaisquer condutas administrativas imorais ou amorais. Caso contrário a previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa tornar-se-ia subprincípio da legalidade, mero agravante sem incidência autônoma (cogitação que nem sequer se põe em termos de hermenêutica constitucional – afinal, não há palavras supérfluas na Constituição).

Frente ao direito administrativo, o *princípio da igualdade* assegura a distribuição isonômica de oportunidades e tratamento, com o mesmo respeito a todos os cidadãos. Em sede de licitações, importa o dever ativo da instalação de certames públicos que incentivem o acesso do maior número de interessados. A livre competição deve permitir a participação de pessoas potencialmente iguais sob os ângulos formal-material, operacional, técnico e econômico – a serem distinguidas objetivamente a partir das exigências de habilitação e das propostas apresentadas. O instrumento convocatório presta-se justamente a celebrar os requisitos mínimos que deem efetividade ao princípio da igualdade. São as diferentes propostas que exteriorizam a liberdade econômica

dos interessados e dão concretude ao princípio da isonomia – fazendo com que as materialmente mais vantajosas sejam selecionadas. Sob a óptica da Administração, os interessados devem ser material e formalmente iguais; a desigualdade autorizada em lei é aquela oriunda dos diferentes graus de qualificação e das propostas de preço.

O *princípio da publicidade* é da essência de um Estado Democrático de Direito, vez que o agente público atua no interesse da coletividade, cumprindo determinações legais. É uma das manifestações do princípio republicano. A consequência é óbvia: não existem assuntos internos ou reservados à intimidade da Administração – esta tem o dever de promover *ex officio* a publicidade de todos os atos e fatos pertinentes à licitação. A regra é a ampla transparência, clara e franca (salvo exceções subjetivas e/ou cronológicas, como aquela estabelecida para os orçamentos no art. 6º do RDC). Nas licitações, a publicidade assegura a isonomia entre a Administração e todos os interessados. Estes têm o direito de receber todas as informações úteis e necessárias à participação no certame, bem como receber esclarecimentos às dúvidas que porventura surjam. A mais absoluta publicidade assegura a isonomia e diminui os custos de transação (v. § 2.11, abaixo).

Note-se que a Constituição estabelece o direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos referentes a interesse particular, coletivo ou geral. Todos os cidadãos podem obter os conjuntos de dados a respeito de quaisquer licitações públicas (excluindo-se o acesso ao conteúdo das propostas antes de sua abertura, nos termos do § 3º do art. 3º da LGL; bem como o acesso ao orçamento para as licitações sob o RDC, nos termos de seu art. 6º). Depois da Emenda Constitucional 19/1998 tais informações abrangem "o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo" (art. 37, § 3º, II, da CF). As únicas exceções são as informações "cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (art. 5º, XXXIII) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X).

Sobre ser previsto na LGL, o *princípio da probidade administrativa* tem disciplina especial na Lei 8.429/1992 – cujo art. 10, VIII, prescreve ser ímprobo o ato que frustre a licitude do processo licitatório ou o dispense indevidamente. Para José Afonso da Silva a *improbidade administrativa* "é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e

correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”³. Logo, ela especializa determinados desvios na moralidade administrativa, os quais exigem o elemento subjetivo do agente e a aferição de benefícios indevidos. “Com efeito – leciona Mateus Bertoni – não é possível conceber a existência de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito sem que o agente público viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade; o mesmo raciocínio deve ser aplicado para os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, bem como para configuração dos atos de improbidade de contidos nos incisos do art. 11 da Lei 8.429/1992”⁴.

2.2.1 O princípio da igualdade e as discriminações expressamente proibidas

O § 1º do art. 3º da LGL traz dois incisos com proibições explícitas aos agentes envolvidos (direta ou indiretamente) nos processos de licitação pública. Os verbos consignados no inciso I deste § 1º revelam a amplitude dessas vedações com a proibição da *admissão* (aceitação, acolhimento, recepção, consentimento), da *previsão* (fixação, estabelecimento, conjectura, estimativa), da *inclusão* (incorporação, abrangência, introdução, compreensão) e mesmo da *tolerância* (transigência, aceitação, permissão, resignação) de qualquer cláusula ou condição que porventura possa vir a macular, ainda que de forma indireta ou mínima, o caráter competitivo da licitação. A norma, portanto, dirige-se a condutas comissivas e/ou omissivas – sejam elas praticadas por agentes públicos ou por pessoas privadas.

Igualmente são proibidas as distinções fundadas na origem dos interessados (naturalidade, sede ou domicílio). Os tratamentos diferenciados que porventura inibam a participação de interessados com lastro em condições descabidas são expressamente vedados. A ressalva é aquela expressa dos §§ 5º a 12 do já referido art. 3º da LGL, bem como da Lei 8.248/1991 (*capacitação e competitividade do setor de informática e automação*).

3. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 670. No mesmo sentido: Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 47 e ss.

4. José Afonso da Silva, *Ato de Improbidade Administrativa*, São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 170.

2.2.2 Ainda o princípio da isonomia: limitações subjetivas às licitações e contratações (impedimentos)

Instruído pelo nítido objetivo de assegurar a isonomia aos certames bem como densificar os princípios da moralidade e da impessoalidade, o art. 9º da LGL traz rol, *numerus apertus*, de pessoas (físicas e jurídicas) que são proibidas de participar em determinadas licitações e/ou contratos administrativos.⁵

Com isto se pretende inibir tantos os desvios concorrenciais (oriundos especialmente da *assimetria de informações* – por exemplo, quem faz o projeto básico dispõe de maior volume e melhor qualidade de informações que qualquer outro) como a possibilidade de instalar *licitações dirigidas* (por exemplo, seria difícil – conscientemente ou não – resistir à tentação de preparar um projeto básico que não atenda às características da própria empresa que o elabora). Para atingir este objetivo, a norma proíbe que participem da licitação e do contrato pessoas físicas e/ou jurídicas que, de alguma forma, direta ou indireta, tenham ou possam ter influência sobre as decisões administrativas (discricionárias ou não, técnicas ou não) daquele certame licitatório.

Além disso, a norma dirige-se a *servidores públicos*, tendo aqui como finalidade – nas palavras de Carlos Ari Sundfeld – “impedir que o agente administrativo use em proveito próprio a influência que, sobre as decisões administrativas relativas à licitação ou ao contrato, os poderes de seu cargo propiciem. Destarte, parece razoável que a vedação atinja, além dos servidores e dirigentes do órgão, também as autoridades com poder hierárquico sobre ele (isto é: todos os componentes da linha hierárquica que vai do órgão licitador ao dirigente máximo da entidade)”⁶.

São proibições *numerus apertus*, porque, a depender da licitação, poderão ser ampliadas pelo edital ou pela própria comissão – a fim de conferir maior efetividade aos princípios consignados no art. 3º da LGL.

5. Consultem-se: Benedito de Tolosa Filho, “Impedimento para licitar ou contratar com a Administração Pública”, *ILC* 161/683-685, Curitiba, Zênite, julho/2007; Vítor Aguiar Jardim de Amorim, “O parentesco como impedimento de participação nas licitações públicas”, *ILC* 183/453-459, Curitiba, Zênite, maio/2009.

6. Carlos Ari Sundfeld, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 119-120.

Imagine-se um servidor público licenciado (mesmo sem remuneração) ou aquele membro da comissão de licitação que, às vésperas da publicação do edital, peça exoneração e venha a ser contratado por empresa que participe do certame, ou mesmo da empresa controlada por esposa e filhos do autor do projeto básico. Todos estes casos, ao lado de tantos outros, instalam a aplicação do impedimento previsto no referido art. 9º.

Mas uma ressalva merece ser feita: o dispositivo é excepcional pelo arts. 21 da Lei 8.987/1995 e 31 da Lei 9.074/1995, bem como pela Lei 11.079/2004 – normas cuja compreensão conjunta autoriza a participação do autor do projeto básico no processo de licitação, bem como as chamadas “manifestações de interesse” por parte das pessoas privadas nas concessões comuns e parcerias público-privadas (que, assim, podem interagir publicamente com a Administração e a ela apresentar toda a estrutura da licitação, submetendo-se o projeto a audiências públicas e ao controle público-privado).

2.3 Os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo

Uma vez vencida a fase interna em sentido estrito da licitação (definição do mérito do projeto, estudos técnicos, elaboração de documentos, audiência pública e atos administrativos posteriores etc.), cabe à Administração tomar a decisão pela oportunidade e conveniência de ser realizado aquele específico contrato administrativo. Demonstradas a necessidade e utilidade da contratação, bem como a disponibilidade orçamentária, os interessados são publicamente convidados a examinar os requisitos fixados, demonstrar sua capacidade para aquele contrato e, caso habilitados, oferecer propostas em regime de concorrência isonômica. Isto se dá por meio da divulgação do *instrumento convocatório*.

A LGL valeu-se da expressão “instrumento convocatório” como gênero, a abranger as espécies “edital” e “carta-convite”. Na lição de Diógenes Gasparini, trata-se de “ato administrativo normativo através do qual a pessoa licitante notifica a abertura de licitação em uma das modalidades, fixa as condições de sua realização e do contrato e convoca os interessados para apresentação das propostas para o negócio de seu interesse”, que tem como principais funções: “(a) noticiar a abertura da licitação (função divulgadora); (b) fixar as condições de sua reali-

zação e da celebração do eventual contrato dela decorrente (função reguladora); (c) convocar os interessados para dela participarem (função convocatória)”⁷.

A *vinculação ao instrumento convocatório* pode ser entendida como princípio de limitação material e procedimental: a partir de sua divulgação, a Administração Pública e os particulares estão subordinados a ele. Devem estrito cumprimento aos seus termos e estão proibidos de inovar (não só durante o processo licitatório, mas também quando da execução do contrato). Será este instrumento que instalará o interesse das pessoas privadas e os respectivos custos para a elaboração da proposta. Ele não pode ser substancialmente alterado (caso isto se dê, necessárias se fazem sua republicação e a reabertura de todos os prazos), mas somente convalidados os vícios formais de menor impacto no certame. Se na fase anterior a discricionariedade era plena (orientada pela política pública e raciocínios argumentativos), ela é praticamente eliminada depois da publicação do instrumento convocatório: trata-se de ato administrativo autovinculante, a ser obedecido e eficazmente executado pela Administração.

Mas esta vinculação não é apenas endoadministrativa, pois produz efeitos ao exterior da entidade promotora da licitação: todos os interessados, terceiros e mesmo os demais Poderes constituídos (Judiciário, Legislativo, Ministério Público) devem obediência aos termos do instrumento convocatório. Quem dispõe de competência gerencial para definir a licitação é a Administração a quem a lei atribuiu tal título. A legitimidade democrática para a escolha pública da contratação e elaboração do ato convocatório é normativamente atribuída ao órgão ou entidade competente. Legitimidade, esta, que toma substância concreta (legal) quando da divulgação pública do instrumento. Por isso ele não pode ser alterado por quem quer que seja, pois estampa a configuração do interesse público primário posto em jogo.

O instrumento convocatório assume natureza de ato regulamentar vinculante. Ele se desdobra no tempo e disciplina a relação jurídico-procussual que se desenvolverá entre Administração Pública, interessados e terceiros. O instrumento regulamenta, em termos específicos, como se

7. Diógenes Gasparini, “Instrumento convocatório das licitações”, *ILC* 131/6 e 8, Curitiba, Zênite, janeiro/2005.

dará aquela determinada licitação e a relação administrativa material que surgirá quando da assinatura do futuro contrato. Por isto não pode ser alterado e muito menos desrespeitado: uma vez publicado, cogente é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Uma ressalva merece ser feita. Por óbvio, está-se a se falar de instrumentos convocatórios que atendam à Constituição do Brasil e à legislação infraconstitucional – máxime à LGL (e aos demais diplomas que regem licitações diferenciadas como o pregão e o RDC). O princípio da vinculação pressupõe a constitucionalidade e a legalidade do ato convocatório. Não se poderia defender qualquer vinculação derivada do ilícito: caso o instrumento seja viciado, deverá ser impugnado e ter sua nulidade decretada (administrativa ou judicialmente). Mais ainda: mesmo que não contestada administrativamente, a nulidade não se convalida; não se transforma em legalidade pelo silêncio das partes conjugado com o decurso do tempo (a não ser em decorrência de prazos decadenciais conjugados com a boa-fé dos envolvidos – v.g., Lei 9.784/1999, art. 54).

Ao seu tempo, o *princípio do julgamento objetivo* é o resultado da conjugação entre isonomia, impessoalidade e vinculação ao ato convocatório. Afinal, se os participantes – e respectivas propostas – devem ser objetivamente equivalentes para a Administração e se o instrumento convocatório define de forma objetiva os diferenciais a serem aceitos para a eleição da melhor proposta, dúvida não há de que o exame dos documentos apresentados precisa ser realizado de modo objetivo – isto é, sem a redução da escolha ao que é pessoal ao agente público. O conhecimento e o exame do objeto da licitação devem se dar segundo os referenciais estabelecidos no instrumento convocatório (e não segundo aqueles íntimos ao sujeito examinador – que não pode agregar dados e compreensões pessoais ao objeto examinado).

Para que o julgamento objetivo seja garantido, necessário se faz que o instrumento convocatório seja igualmente objetivo – analítico e cartesiano ao máximo, com exigências e metodologias predefinidas, de molde a não permitir integrações subjetivas no objeto examinado. O texto do instrumento convocatório e as informações nele consignadas devem ser diretos e práticos, a exteriorizar as reais (e únicas) exigências para aquela específica licitação. Por isto que proibidas estão as cláusulas que remetam a conceitos com textura muito aberta – ou, pior ainda,

a escolhas parciais da Administração. A falta de objetividade do instrumento convocatório fere de morte o princípio do julgamento objetivo.

2.4 A proposta mais vantajosa

A LGL fala em *proposta* mais vantajosa, não em *preço* mais vantajoso. Como o conceito de “proposta” é mais amplo que o de “preço” (relação de continente e conteúdo parcial), é de se afastar peremptoriamente a compreensão de que a proposta mais vantajosa para a Administração seria aquela que só ostentasse o menor preço. Se fosse esse o caso, a lei teria consignado que o fim da licitação seria, sempre e tão somente, o de se obter a proposta *mais barata*. Não se trata disso, mesmo porque nem sempre a vantagem reside apenas no menor preço – ao contrário, muitas vezes o preço baixo indica a baixa qualidade do produto ou a ausência de capacidade técnico-operacional para o desempenho da tarefa (ou, mesmo, o desprezo a máximas de sustentabilidade ambiental). A superioridade e a utilidade da proposta advêm da conjugação entre a excelência técnica e o menor preço, qualificadas pelo cumprimento das exigências de promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Como ensina Cintra do Amaral, é usual “considerar-se que a maior vantagem para a Administração está sempre no menor preço. Isso reflete o entendimento, equivocado, de que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade. Esse entendimento não corresponde ao disposto na Lei 8.666/1993 e conflita com os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade, que regem os atos administrativos, inclusive os procedimentos licitatórios”.⁸ Logo, devem ser vistas com extrema cautela as propostas que resultam da combinação de preços muito baixos com qualificação técnica duvidosa. Na dúvida, a decisão deve ser sempre pelo interesse público de celebrar a contratação adequada com aquele licitante que atenda com excelência, de modo objetivo e sem truques, aos requisitos técnicos, operacionais e econômico-financeiros.

A vantagem a ser levada em consideração quando do exame das propostas é resultante do conjunto de dados necessários a conferir uti-

8. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Comentando as Licitações Públicas*, Rio de Janeiro, Temas & Ideias, 2002, p. 46.

lidade prática àquela contratação administrativa, não apenas de diferenças quanto ao preço. Imprestável será a proposta mais barata caso o licitante não cumpra objetivamente todos os requisitos da habilitação.

Mais ainda: depois da edição da Lei 12.349/2010 o desenvolvimento sustentável tornou-se questão-chave para a definição sobre se determinada proposta é proveitosa ao interesse público – se traz, ou não, vantagens à presente e às futuras gerações. Afinal, em muitos casos é mais vantajoso haver maiores despesas presentes (princípios da precaução e da prevenção) que arcar com custos muitas vezes irrecuperáveis de danos ambientais futuros.

2.5 Os objetivos da licitação e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável

O texto original do art. 3º da LGL estabelecia duas finalidades essenciais: o prestígio à isonomia (direito-garantia dos licitantes) combinado com a contratação mais vantajosa à Administração (interesse público primário). Com a redação dada pela Lei 12.349/2010 (oriunda da Medida Provisória 495/2010), a norma passou a ser integrada pelo dever de *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Está-se diante de nova configuração do processo licitatório, a qual não envolve apenas a inserção de outro objetivo, mas, sim, a compreensão mais abrangente e integrada dos fins da licitação – isto é, o dever de ser instalada a escolha pública que traga a promoção do desenvolvimento nacional respeitoso da sustentabilidade.

A atual redação do *caput* do art. 3º tem, portanto, significativo efeito para a construção de toda a LGL.⁹ Não importa apenas a adição de escopo autônomo, porventura disperso, a ser aplicado neste ou naquele certame. Nada disso. O que agora existe é o dever de promoção do desenvolvimento nacional como norma detentora de forte carga axiológica, o qual possui sede na Constituição brasileira, como já consignou o

9. A respeito da inserção do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, v. as ponderações de Marçal Justen Filho (“Desenvolvimento nacional sustentado – Contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/2010”, *ILC* 210/745-751, Curitiba, Zênite, agosto/2011) e Jessé Torres Pereira Jr. (“Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras”, *Revisita Interesse Público* 67, Belo Horizonte, Fórum, maio-julho/2011).

STF, em decisão lavrada pelo Min. Celso de Mello: “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da Ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”.¹⁰

Mas este dever não se reporta a qualquer forma de desenvolvimento econômico, e sim àquele comprovadamente instalador das *três ordens de sustentabilidade: sociopolítica, ambiental e econômica* – como será esmiuçado a seguir, no § 2.6.

Por conseguinte, se antes a proposta mais vantajosa poderia ser compreendida como aquela que, obediente à isonomia, implementasse a solução mais eficiente ao interesse público (sem maiores preocupações quanto às externalidades da contratação¹¹), hoje o cenário normativo é outro: é necessário que tanto a *definição da contratação* quanto a *escolha do contratado* tenham como finalidade a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A *proposta mais vantajosa* não mais pode ser tida como apenas aquela que, respeitosa da igualdade entre os concorrentes, conjuga a melhor técnica e menor preço. No interior destes objetivos, a instruir a sua compreensão e, assim, direcionar a escolha pública, está o dever ativo de promoção do desenvolvimento sustentável. O legislador instalou uma externalidade positiva a ser obrigatoriamente perseguida em

10. STF, ADI/MC 3.540-DF.

11. *Grosso modo*, as externalidades são efeitos exteriores ao contrato (ou à atividade econômica) que implicam a imposição involuntária de custos (negativas) ou vantagens (positivas) a terceiros. Apesar de não participarem, terceiros são afetados (positiva ou negativamente), ao passo que o agente econômico primário não arcará com os custos nem se beneficiará dos ganhos. Exemplos de externalidades são as poluições ambiental e sonora (negativas) e a educação, pesquisa tecnológica, investimentos de infraestrutura e vacinação (positivas).

todas as contratações públicas. A vantagem da proposta precisa ser aferida de modo interno e externo à futura contratação: ali, sob a perspectiva tradicional dos benefícios econômico-financeiros daquele contrato (objetivo imediato da contratação); aqui, num patamar superior e diacrônico, pertinente a medidas político-administrativas que tragam consigo o desenvolvimento sociopolítico, ambiental e econômico da Nação Brasileira (objetivo mediato da contratação).

Agora de forma explícita e normativamente cogente, a análise de um projeto de contratação pública e respectivos custos não é tema circunscrito ao contrato, mas tem a dimensão de política pública a ser implementada na economia local e nacional (preservação do meio ambiente, distribuição de renda, prestígio ao ser humano e bens culturais, alocação de recursos públicos, investimentos de infraestrutura etc.). Isto é, os contratos administrativos são instrumentos qualificados de promoção do desenvolvimento nacional sustentável – em diferentes graus e níveis de eficácia. O assunto, portanto, é mais delicado e complexo do que à primeira vista possa parecer.

Por isto é de se frisar que não se pode defender o desenvolvimento nacional como o singelo (e muitas vezes perverso) crescimento econômico quantitativo (basta pensar na relação – inexistente – entre o aumento do Produto Interno Bruto/PIB e a distribuição de riqueza¹²). No exato momento em que o Direito assume o desenvolvimento sustentável como objetivo explícito de interesse público primário, a delinear todas as licitações e contratações administrativas, esta ordem de escolhas públicas precisa ser orientada também por valores qualitativos, e não somente por preços. A LGL está a prescrever um conceito de “de-

12. O conceito de PIB foi desenvolvido a partir de 1930 (primordialmente por Simon Kuznets, Nobel de Economia em 1971). Se é muito bom para mensurar a produção industrial (aço, madeira, alimentos etc.), não convive bem com os mercados de ideias e de tecnologias e muito menos com a promoção de bem-estar – afinal, representa a singela soma monetária de todos os bens e serviços produzidos em certa região durante determinado período. Além disso, tem sérias limitações, pois pode aumentar devido a atividades que reduzem o bem-estar (agressões ao meio ambiente, despesas com guerras etc.) e não representam dados importantes – qualidade dos bens e serviços, externalidades, distribuição de riqueza etc. Como mencionou o escritor norte-americano Bill Bryson: “Pelos curiosos padrões do PIB, o herói econômico é um paciente terminal de câncer que está passando por um dispendioso divórcio” (*Crônicas de um País Bem Grande*, São Paulo, Cia. das Letras, 2001, p. 51).

envolvimento” que se aproxima daquele proposto por Calixto Salomão Filho, que “passa a se identificar a um processo de conhecimento social que leva à maior inclusão social possível, caracterizando-se, portanto, algo que se poderia caracterizar como democracia econômica”.¹³ O desenvolvimento social não se instala em ambientes regidos por assimetrias de informação, ausência de conhecimento e concentração de poder econômico. Por isto que tanto a difusão do conhecimento econômico por meio de políticas distributivas e cooperativas como a instalação de competição que vise a fragmentar o poder econômico devem orientar a LGL.

Em suma, fato é que o desenvolvimento nacional sustentável precisa estar dentro os objetivos primais de todas as licitações promovidas no Brasil – sejam elas locais, regionais, nacionais ou internacionais. E as licitações públicas podem (e devem) em muito contribuir para o cumprimento desse objetivo.

2.6 O conceito-chave de “desenvolvimento sustentável” e seus três componentes

De há muito o Homem tomou conhecimento de que os recursos naturais são finitos e as necessidades humanas infinitas. Em todas as sociedades há forte descompasso entre o incremento – natural ou artificial – das demandas das pessoas e dos recursos naturalmente disponíveis. Constatção que agrava as futuras consequências de todo e qualquer comportamento presente. “O futuro da Humanidade – escreveu Hans Jonas – é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na

13. Calixto Salomão Filho, “Direito como instrumento de transformação social e econômica”, *RDPE* 1/21, Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2003. Ou como o autor consignou em outra obra: “As deformações decorrem sobretudo, tal como revelado pela doutrina supramencionada, [a “*economia da informação*”] das assimetrias de informação e de conhecimento. Tais assimetrias são mais ou menos acentuadas nos diversos mercados, mas – e isto é extremamente importante – elas nem sempre derivam das assimetrias naturais de informação. Na maioria das economias, particularmente nas economias em desenvolvimento, elas resultam das dificuldades sociais de acesso à informação e de dificuldades impostas em função do poder extraordinário que os agentes econômicos detêm no mercado” (*Histoire Critique des Monopoles: une Perspective Juridique et Économique*, Paris, LGDJ, 2010, p. 12 – tradução livre).

idade da civilização técnica, que se tornou 'todo-poderosa' no que tange ao seu potencial de destruição. Esse futuro da Humanidade inclui, obviamente, o futuro da Natureza como sua condição *sine qua non*".¹⁴ Este tema assumiu dimensões significativas em especial a partir da segunda metade do século XX – quando se disseminou com firmeza o conceito de que é *insustentável* o desenvolvimento baseado no consumo crescente e não preservacionista dos recursos naturais. Este "desenvolvimento insustentável" implica a construção de um ponto de não retorno, quando os recursos naturais se esgotarão e as sociedades experimentarão declínio, retrocesso e involução.

Pois foi em 1987 que o documento produzido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (órgão da ONU), denominado de *Relatório Brundtland*, formalizou o conceito de "desenvolvimento sustentável".¹⁵ Na definição de Sydney Guerra e Sérgio Guerra, o princípio pode ser entendido "como a forma de desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de alcançar a satisfação de seus próprios interesses".¹⁶

O princípio do desenvolvimento sustentável tem três componentes básicos: a *sustentabilidade sociopolítica*, a *sustentabilidade ambiental* e a *sustentabilidade econômica*. Estes três elementos precisam ser compreendidos de forma sistêmica e integrativa, a resguardar o equilíbrio

14. Hans Jonas, *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*, trad. de M. Lisboa e L. B. Montez, Rio de Janeiro, Contraponto, 2006, p. 229.

15. Consta a seguinte definição de *sustainable development* no documento das Nações Unidas denominado *Our Common Future*: "In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations" (disponível em <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>, acesso em 21.12.2010).

16. Em seguida são destacados os conceitos-chave da ideia de desenvolvimento sustentável: "(a) o conceito de necessidade, em particular as necessidades essenciais dos Países pobres, para as quais deve ser dada prioridade absoluta; (b) a ideia de existência de limitações à capacidade do meio ambiente de satisfazer as necessidades atuais e futuras impostas pelo estágio atual da tecnologia e organização social" (Sydney Guerra e Sérgio Guerra, *Curso de Direito Ambiental*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 127-128).

de forças entre as razões primárias de cada um deles (equidade social, proteção do meio ambiente e crescimento econômico).

A *sustentabilidade sociopolítica* tem foco primário no respeito aos direitos humanos (sobretudo a dignidade da pessoa), à diversidade cultural e a metas de progresso humano. Trata do desenvolvimento das sociedades por meio do foco nas pessoas e em suas características no tecido social, prestigiando-se as diferenças emancipadoras. Com isto se pretende acentuar as singularidades dos indivíduos, que devem, sim, ser tratados em conjunto, mas não em termos unificadores absolutos, que porventura desprezem as disparidades que caracterizam esta ou aquela cultura, esta ou aquela pessoa. O desenvolvimento, aqui, é visto como um direito das pessoas enquanto e porque seres humanos dignos de consideração individual.

A *sustentabilidade ambiental* preocupa-se com a estabilidade dos ecossistemas e respectivas condições de vida das pessoas (presentes e futuras) e de outros seres vivos (animais e vegetais). Aqui surgem os temas da proteção à biodiversidade e da manutenção dos recursos ambientais, bem como o consumo de energia oriunda de fontes renováveis.

A *sustentabilidade econômica* refere-se à integração, no raciocínio da Economia, de temas relativos ao meio ambiente e à dignidade da pessoa – que se prestam a balizar os conceitos e, assim, produzir as decisões econômicas (investimento, receita, custos, lucro, externalidades positivas e negativas etc.). Isto é, levar à pauta alguns critérios não propriamente econômicos em sentido estrito, nem tampouco de concepção restrita em termos cronológicos e subjetivos, mas que digam respeito a escolhas conscientes das consequências ecológicas e subjetivas para a presente e as futuras gerações.

Por meio da integração dinâmica entre estes três componentes do desenvolvimento sustentável, o que se busca é instalar o progresso econômico simultaneamente hábil a *suprir as necessidades da atual geração e a atender às demandas das futuras gerações*. Ele é qualificado de "sustentável" porque não esgota os recursos disponíveis, mantendo-os para o uso e gozo daqueles que estão por vir. Aqui, as preocupações são, sobretudo, de *precaução* e de *prevenção*. Isso porque não há dúvida de que, quando a agressão aos recursos naturais assume dimensão grave, a intervenção *a posteriori* não é o meio mais adequado de lidar com o problema. O controle posterior aos fatos apenas atenua os danos (não os

evita, nem os extingue por completo) e indeniza parte dos prejuízos causados (não incidindo naqueles irrecuperáveis – como, por exemplo, a extinção de espécies, de florestas ou até de um mar¹⁷). A política de meio ambiente mais eficaz e mais barata é a que, preventivamente, procura evitar a ocorrência dos danos ambientais.

Em termos jurídicos, o *princípio do desenvolvimento sustentável* trata da ponderação das consequências ambientais de qualquer decisão jurídica de natureza econômica tomada pelos Poderes Públicos: aqui, os custos para o meio ambiente devem ser proporcionais aos respectivos benefícios econômicos. Por outro lado, o princípio do desenvolvimento sustentável obriga à fundamentação sociopolítica e ambiental das decisões de desenvolvimento econômico.

A licitação deixa de ser apenas um requisito para a celebração de negócios administrativos, e passa a desempenhar papel de definição e implementação de políticas públicas sustentáveis. Como mencionam Tatiana M. Cymbalista, Marina F. Zago e Fernanda E. Rodrigues, a política de promoção de contratos públicos ambientalmente adequados já existe em “normas de diferentes entes federativos e órgãos públicos, que impõem a realização das chamadas ‘compras ambientalmente sustentáveis’, exigindo a comprovação de requisitos especiais durante as licitações públicas, tais como a apresentação de selos de certificação que demonstrem origem ou processo produtivo ambientalmente adequado (no caso de madeira reflorestada, por exemplo), ou ainda a compra de materiais com maior sustentabilidade ambiental, tais como papéis reciclados e lâmpadas

17. Um dos exemplos mais fortes é o do *Mar de Aral* – um lago de água salgada localizado na Ásia Central (Kazaquistão e Uzbequistão) com 68.000km² de superfície original (para comparação, o Estado do Rio de Janeiro tem superfície de 43.696km²), que foi “desertificado” e em 2010 estava dividido em três porções que, somadas, atingiam menos de 10% de seu tamanho original. Isto se deu máxime devido às sucessivas drenagens promovidas pelo Governo Soviético a partir de 1920, que se intensificaram em 1940-1960 (canais rudimentares de irrigação para a plantação de algodão), e teve seu clímax em 1987, com o surgimento de bancos de areia a dividir a água em *Aral do Norte* e *Aral do Sul*. A água salinizou-se e foi poluída ao extremo por lixo, pesticidas e fertilizantes. Houve desertificação, destruição de espécies, mudanças climáticas, falência da indústria pesqueira e crise nas condições sanitárias em toda a região. Trata-se de uma das maiores – se não a maior – catástrofes ambientais da História, resultado do péssimo planejamento estatal da economia (cf. *The New Encyclopedia Britannica*, 15ª ed., vol. 1, p. 514 (verbeta “Aral Sea”), e vol. 15, pp. 701-714 (verbeta “Central Asia”), Chicago, Encyclopædia Britannica Inc., 1995).

fluorescentes”¹⁸. O desenvolvimento nacional sustentável depende de ações positivas dessa ordem, as quais habilitem a Administração Pública e seus contratados a produzir menos resíduos não aproveitáveis e a alargar o tempo de vida útil dos produtos (incluindo-se aqui sua destinação adequada depois do consumo e seu reaproveitamento).

Nesse sentido, a LGL está em sintonia com a Lei 12.305/2010 (*Política Nacional de Resíduos Sólidos*), que celebra o comprometimento entre a Administração Pública e a sociedade civil visando a alternativas empresariais que prestigiem a correta destinação dos resíduos (lixo reutilizável) e dos rejeitos (lixo não reaproveitável). Pode-se mencionar o dever da instalação da chamada *logística inversa* (ou *reversa*¹⁹): o contrato administrativo a estabelecer que as obrigações do vendedor não se encerram na entrega do bem, mas fazendo com que ele se comprometa a recolher os resíduos imediatamente gerados pela contratação e a promover seu depósito em lugares seguros e/ou sua reciclagem (eletroeletrônicos, pneus, pilhas, baterias, agrotóxicos, garrafas etc.). Ou, quando menos, que a própria Administração Pública instale, desde a fase interna da licitação, o órgão estatal responsável pelo retorno dos resíduos – para seu reaproveitamento econômico e social.

Se tais diretrizes já deviam orientar as contratações públicas quando menos desde a promulgação da Constituição, em 1988 (afinal, o art. 225 impõe normativamente ao Poder Público o dever de defender e preservar para as gerações futuras o direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), depois da promulgação da Lei 12.349/2010 tornou-se cogente a adoção de condutas administrativas que implementem tal dever constitucional. Por meio da legislação ordinária, a norma constitucional, que dantes poderia ser classificada como *programática*, ou de *eficácia limitada*, adquiriu significado con-

18. Tatiana M. Cymbalista, Marina F. Zago e Fernanda E. Rodrigues, “O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações”, *RDPE* 35/145, Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2011.

19. O art. 3º da Lei 12.305/2010 traz a seguinte definição: “XII – logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

creto e imediatamente aplicável. A Lei 12.349/2010 (bem como a Lei 12.305/2010 e a Lei Complementar 140/2011), portanto, conferiu efetividade social aos arts. 170, VI, e 225 da CF do Brasil.

2.7 A Lei de Licitações, o princípio da boa-fé e a base objetiva do negócio

Depois da promulgação do Código Civil de 2002 o princípio da boa-fé objetiva tornou-se o cerne da legislação contratual brasileira. Outora implícito, hoje configura diretriz funcional do comportamento das partes contratantes – antes, durante e depois da execução do contrato. Pode-se, inclusive, afirmar que nas licitações e contratos administrativos o princípio da boa-fé assume maior dimensão. Isso porque os atos da Administração gozam de *presunção de legitimidade*. Esta característica faz com que os particulares tenham de compreendê-los como manifestações públicas orientadas por boa-fé qualificada. Para o Direito, a confiança precisa ser conatural às relações com entidades, órgãos e agentes públicos, gerando as proporcionais consequências jurídicas.

Situação que assume parâmetros peculiares no que diz respeito às licitações: as pessoas privadas tomam conhecimento dos futuros contratos através de atos administrativos. Os editais e convites são atos jurídicos que dão ciência pública da possibilidade de contratar, dentro de limites estreitos (formais e materiais). Presumem-se perfeitos, são submetidos a esclarecimentos e culminam na celebração do contrato. As pessoas privadas alocam recursos, fazem investimentos e executam tarefas tendo como base tais atos públicos. Logo, o princípio da boa-fé objetiva deve apurar a compreensão desses atos administrativos, de modo a preservar seus efeitos e a consolidar no tempo o relacionamento público-privado.

Em termos de direito civil, a boa-fé contratual demanda a contextualização do instrumento celebrado: as partes, sua condição socioeconômica e cultural, o momento da celebração, as condições objetivas e subjetivas de formação da vontade exteriorizada no contrato. Já, para o direito administrativo, a boa-fé dos contratos impõe ponderações suplementares: afinal, a licitação se desenrola precipuamente numa relação de subordinação de interesses (não de coordenação). O interesse público posto à guarda da Administração – e definido objetivamente no ato

convocatório – orienta o interesse privado; aquele estabelece premissas e limites ao exercício deste. Se a igualdade entre os contratantes é apenas um modelo ideal em todos os contratos, nos administrativos ela padece de forte assimetria, em vista dos interesses e dos poderes contrapostos (pense-se no *ius variandi*). A igualdade entre a Administração-contratante e o particular-contratado é francamente assimétrica. Nessa medida, o art. 422 do CC é essencial à hermenêutica dos contratos administrativos: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A ideia básica é a de que a boa-fé deve estabilizar todas as relações contratuais, desde a cogitação inicial até a extinção do vínculo.

Destaque-se que a boa-fé objetiva não envolve a crença subjetiva dos contratantes. Não diz respeito à concepção íntima que os indivíduos possam ter sobre a correção do seu comportamento ou a aspectos da formação psicológica da vontade dos contratantes. O que se acentua em termos de direito administrativo, no qual os agentes públicos devem comportar-se objetivamente na concretização da *função administrativa*. A interpretação objetiva dos editais e contratos administrativos é um dado cogente, tendo em vista o princípio da impessoalidade.

A boa-fé objetiva remete às circunstâncias institucionais nas quais a contratação foi celebrada. O estado de coisas que permitiu a concretização daquele específico contrato administrativo (objetivos de desenvolvimento nacional sustentável; interesse público primário e sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; metas públicas; qualificação e cooperação das partes etc.). Isto diz respeito à boa-fé dos participantes, bem como à base objetiva do negócio – aqui compreendida como a definiu Larenz: “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’”²⁰. O que se defende é a compreensão do contrato adminis-

20. Karl Larenz, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, trad. de C. Fernández Rodríguez, Granada, Comares, 2002, p. 34 (tradução livre). Sobre a *teoria da base do negócio*, v.: Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pp. 129-136; Judith Martins-Costa, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, 2ª ed.,

trativo como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva. Não se pretende que o intérprete se imiscua na “vontade” das partes e respectiva subjetividade da avença (a averiguar eventuais vícios da vontade), mas, sim, na base objetiva que veio a dar efetividade à contratação administrativa.

O que não significa descartar eventos outrora qualificados de imprevistos, de força maior etc. – estes têm abrigo nas condições do contrato (mas não só estes) e na relação jurídica dele oriunda. O horizonte ora defendido é mais extenso e complexo.

2.8 A Lei Geral de Licitações e o abuso de direito

Também merece aplicação a disciplina do *abuso de direito*, prevista pelo art. 187 do CC, pois “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O abuso de direito envolve o exercício extravagante de um direito, prerrogativa ou competência – temas habituais do direito administrativo. Como de há muito firmou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “A teoria do abuso de direito, vulgarizada, modernamente, no direito privado, se aplica, na realidade, nos diferentes ramos jurídicos, e, portanto, também no direito público”.²¹ Neste caso, o agente público dispõe de legítima com-

vol. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 60-85 e 278-315; Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3ª reimpr., Coimbra, Livraria Almedina, 2007, pp. 903-1114; Egon Bockmann Moreira, *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 400-411.

O STJ tem dois julgados que aplicam a teoria de modo expresso: REsp 135.151-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 10.11.1997; REsp 94.692-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 21.9.1998.

21. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 493. Note-se que o Código Civil de 2002 “não foi feliz” – como destacam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes – “ao definir o abuso de direito com-

petência (ou prerrogativa) para praticar o ato, mas o faz de molde a trair essa outorga e frustrar a finalidade normativa autorizadora. O exercício do direito é lícito em sua fonte mas abusivo em seu escopo, pois há desconformidade entre o objetivo visado pela norma e o ato praticado.

Aplicada ao direito administrativo, a teoria do abuso de direito – na pena de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – abrange extensa área: “ante sua maleabilidade, abraça já a teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos já a do desvio de poder, quanto ao exercício dos poderes discricionários da Administração Pública”. E, na perfeita conclusão: “Se o ato administrativo envolve o exercício de direito com desnaturamento do instituto a que ele se refere, com falseamento, portanto, da razão de existir desse instituto, se tem como verificado o abuso de direito, independentemente da apuração do móvel que o provocou, relegada para plano inferior, ainda, a cogitação da intenção do titular do direito. Basta a verificação objetiva da impropriedade do exercício do direito para se configurar o seu exercício abusivo”.²²

Logo, o desvio de poder (ou de finalidade) aproxima-se do princípio da boa-fé objetiva: na construção e execução dos contratos administrativos importa, sim, o respeito ao *alter*, o prestígio à *res publica* e à regra essencial da lealdade nas relações sociais. Atos abusivos ou desviantes, públicos ou privados, não têm guarida no ordenamento jurídico brasileiro – sobretudo em sede de licitações e contratações públicas.

2.9 Licitações e o princípio da livre concorrência

As licitações brasileiras representam setor econômico de extraordinária amplitude. As compras e as empreitadas de obras e/ou serviços da Administração Pública (direta e indireta, de todos os entes políticos)

mo uma espécie de ato ilícito. (...). Assim sendo, o art. 187 do CC, que define o abuso de direito como ato ilícito, deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao Direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas” (*Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 342).

22. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., 3ª ed., 2ª tir., vol. I, p. 496.

ocupam significativa parcela dos negócios celebrados em território nacional. Pois todas essas licitações são regidas pelo dever de respeito ao *princípio da livre concorrência*. O que traz forte repercussão para o desenvolvimento nacional.

O princípio da livre concorrência implica a garantia de que os interessados aptos a participar da licitação tenham acesso equânime e irrestrito às informações públicas do respectivo certame e também impede a instalação de condutas que agridam a isonomia entre os participantes. Há o dever de conjugar a promoção passiva da concorrência (liberdade de informação, liberdade de acesso etc.) com condutas ativas pró-concorrentes (incentivos à participação do maior número de interessados, inibição à formação de cartéis etc.). O princípio exige que os requisitos impostos pelo edital sejam os que celebrem a maior participação possível – tanto em termos de número de interessados como no que respeita à interação com as autoridades administrativas (esclarecimentos, impugnações, informações etc.).

Está-se a falar de liberdade de acesso equânime ao mercado representado pelas licitações públicas. A Administração Pública tem o *dever institucional de promover a concorrência* como um fator objetivo das licitações (proteção à concorrência, não aos concorrentes). Como preceitua a Lei 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência/SBDC é orientado pelos “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. E note-se que, nos termos do art. 31 da Lei 12.529/2011, ela se aplica “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Serão ilícitas as condutas – quer dos agentes públicos, quer dos particulares – que porventura violem a livre competição. Em sede de licitações, a defesa da concorrência deve se preocupar sobretudo com restrições oriundas de: (i) condutas de grupos de empresas (coligações/cartéis); (ii) condutas isoladas de agentes econômicos e/ou administrativos (barreiras de entrada, assimetria de informações etc.); e (iii) exercício abusivo de poder econômico (abuso de posição dominante). Aqui se pode apresentar o *dever de repressão à concorrência ilícita*. Em aper-

tada síntese, ela é representada pelas infrações administrativas e crimes concorrenciais. Trata-se tanto da *concorrência desleal* (a repressão a condutas individuais que ofendem regras de boa-fé, moralidade e lealdade) como da *concorrência enquanto instituição* (a defesa objetiva da concorrência como um bem em si mesmo).

Talvez a formação de cartéis seja o ilícito concorrencial que tenha ambiente mais fértil nas licitações.²³ Com o passar do tempo as empresas dos mesmos setores econômicos (geográficos, tecnológicos etc.) tendem a participar de certames equivalentes, instalando-se aqui um incentivo à atenuação da rivalidade, acomodação das respectivas participações mercadológicas e fixação subjetiva de preços por meio de acordos (tácitos ou expressos). Nas licitações, várias são as práticas que podem revelar a formação de acordos entre os concorrentes, com vistas a fixar preços ou quotas de mercado (propostas fraudulentas ou simuladas, a fim de possibilitar a vitória alheia; fixação de preços entre os concorrentes, visando a elevar os custos públicos; divisão de lotes e/ou de certames entre os mesmos concorrentes, de molde a assegurar a vitória de todos em diversas licitações etc.).²⁴

Também esses motivos devem servir de alerta à Administração para que envide esforços para detectar indícios e promova ações para iniciar a formação de cartéis em licitações públicas. Afinal, o que pode tornar as licitações bem-sucedidas é a pressão pela geração de eficiência nos interessados em contratar com a Administração. Por isso que as características centrais dos processos de licitação são a rivalidade entre os concorrentes, a inovação e as vantagens comparativas nos bens e

23. Note-se que a Lei 12.529/2011 faz expressa menção à LGL ao referir-se a “crimes diretamente relacionados à prática de cartel” (“Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1903, e os tipificados no art. 228 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal –, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência”). As infrações à ordem econômica vêm definidas nos arts. 36 e ss. da Lei 12.529/2011.

24. Os cartéis em licitações públicas são uma preocupação universal. A respeito do cenário europeu, v. João Moreira, “Cartelização em contratação pública: a exclusão de ofertas susceptíveis de falsear a concorrência”, in Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 201-259.

serviços – e não apenas a competição de preços. A competição força as empresas a investir em inovação e eficiência. Caso não o façam, correm o risco de ficar para trás e ser, por fim, expulsas dos mercados. Desde que as empresas sejam forçadas a concorrer, o mercado encontrará maneiras de gerar e difundir uma sequência infinita de inovações. Logo, a proteção à concorrência é um dado dinâmico das licitações, a instalar o dever de atualização por parte da Administração Pública (tanto para seus agentes como para os editais e contratos).

Mais ainda – como frisou Calixto Salomão Filho –, a livre concorrência traz consigo a possibilidade de “diluição dos centros de poder” e tem relevante consequência desenvolvimentista: trata-se da “importância da concorrência (diluição do poder econômico) como instrumento de formação do conhecimento econômico (...)”. Pode-se concluir que, tanto por sua função criadora como por sua função de distribuição de conhecimentos, a luta contra o poder econômico pode e deve ser um dos primeiros elementos estudados no que concerne ao *due process* econômico.²⁵ Devido processo econômico compreendido como a garantia da interação, em iguais condições, dos agentes econômicos (sem exclusões e desigualdades).

2.10 O dever de licitar e o princípio da eficiência

A exigência legal da prática da licitação destina-se, antes de tudo, a instalar a competição entre os interessados e gerar o negócio potencialmente mais eficiente para a Administração. A LGL não representa prioritariamente limitações às contratações públicas (assim como o RDC), mas, sim, a pré-configuração normativa deste modo de exercício da função administrativa. Esta já nasce com feição diversa daquela ostentada pelas pessoas privadas, a exigir eficiência e dinamismo – como bem frisou Carlos Ari Sundfeld ao descrever o *Direito Administrativo dos Negócios*: “o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos”.²⁶ En-

25. Calixto Salomão Filho, *Histoire Critique des Monopoles: une Perspective Juridique et Economique*, cit., p. 14 (tradução livre).

26. Carlos Ari Sundfeld, “O direito administrativo entre os *clips* e os *negócios*”, *RDPE* 18/35, Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2007. Em seguida, consigna: “Para esse âmbito, valem práticas opostas às do DAC: [direito administrativo dos *clips*]:

fim, o direito administrativo proativo, que vislumbra na legislação um facilitador de procedimentos, a gerar economia de recursos públicos combinada com vantagens a serem legitimamente auferidas pelas pessoas privadas.

Isto significa dizer que a LGL não está a prestigiar a realização de quaisquer certames, sob formas que apenas onerem as partes, mas, sim, daqueles que cumprem a eficiência da Administração Pública, conjugada com os demais princípios consignados no *caput* do art. 37 da CF do Brasil (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade).

2.11 As licitações eficientes e os custos de transação

Tal como as demais operações econômicas, também as contratações públicas têm *custos de transação*.²⁷ Esta expressão refere-se às despesas existentes todas as vezes em que os agentes econômicos pretendem interagir nos respectivos mercados. Dizem respeito não ao valor intrínseco do negócio em si, mas, sim, do conjunto de trabalho, tempo e dinheiro que o cercam: levantamento das informações contratuais objetivas; exame sobre as pessoas dos respectivos contratantes; elaboração dos contratos; proteção ao meio ambiente; controle da execução contratual etc. Está-se a tratar daquilo que Marcos Nóbrega qualificou como o principal custo contratual *ex ante*: o “do desenho do contrato; o custo

aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo/benefício etc.”. Sobre esta nova compreensão do direito público, v. também Sophie Nicinski, *Droit Public des Affaires*, Paris, Montchrestien, 2009, *passim*.

27. No plano da Teoria do Contrato (e respectiva Análise Econômica), a noção de *custos de transação* adquire uso generoso, fazendo-os corresponder a três causas principais, no dizer de Fernando Araújo: (i) custos de redação do clausulado (custos de complexidade); (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) contingências imprevistas. Aplicada ao contrato administrativo, a análise dos custos de transação importa considerar, então, todo o conjunto dos custos relacionados à pactuação destes ajustes. Neste contexto, um dos principais fatores a influenciar os custos transacionais, e que se relaciona com a maximização da eficiência nas relações contratuais administrativas, está na indefinição de contingências futuras – o que conduz os interessados à precificação desta insegurança (*Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 198).

de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetar o contrato durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais completo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. Assim, haverá sempre um *trade off*, complete *versus* custos”.²⁸ Basta pensar nas despesas para a confecção de edital relativo a obra pública completa, respectiva publicação e julgamento das propostas, ao lado daquelas relativas à formação de consórcios empresariais, configuração da proposta e litígios administrativos e judiciais (aqui as despesas das pessoas privadas), para se ter uma ideia da efetiva existência destes custos de transação.

Por outro lado, fato é que os agentes econômicos não dispõem da mesma quantidade e qualidade de informações a propósito dos respectivos mercados, assim como nem todos se comportam de forma leal (condutas oportunistas). O mesmo se dá nas licitações e contratos administrativos: quanto mais valiosa a contratação, mais agentes econômicos estarão interessados e maior o volume de sujeitos envolvidos (advogados, engenheiros – civis, ambientais, financeiros –, administradores, banqueiros, seguradores, gerentes, políticos etc.). A licitação pública e a futura execução do contrato administrativo exigem tais peças essenciais (e respectivo gasto). Claro que mercados de menor especificidade devem se submeter a contratações com menores despesas (como se dá no caso dos bens e serviços comuns e o pregão eletrônico, por exemplo) –, mas também aqui há custos para transacionar.

Numa visão míope, poder-se-ia afirmar que o processo de licitação, sempre e irremediavelmente, aumentaria os custos de transação. Afinal, há requisitos extraordinários ao universo das contratações privadas. Porém, isto não é verdadeiro (*rectius*: nem sempre é verdadeiro),

28. Marcos Nóbrega, *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 44. Ampliar em: Ronald Coase, “O problema do custo social”, trad. de F. K. F. Alves e R. V. Caovilla, *RDPE* 26/135-191, Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2009; Fernando Araújo, “Uma análise econômica dos contratos, Parte I”, *RDPE* 18/69-160, Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2007; Luciano Timm, “Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil: justiça distributiva versus eficiência econômica”, in L. Timm (org.), *Direito & Economia*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 63-96; Rachel Sztajn, Décio Zylbersztajn e Paulo Furquim de Azevedo, “Economia dos contratos”, in Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (orgs.), *Direito & Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, pp. 102-136.

pois fato é que existem razões próprias para a organização desse mercado de compras públicas – sejam elas políticas, técnicas e/ou econômicas. As regras estão previamente lançadas e são de conhecimento público: a assimetria de informações tende a ser atenuada. Este é o perfil normativo ordinário das contratações públicas, nos termos da Constituição brasileira. De mais a mais, a licitação instala a competição entre agentes econômicos do mesmo setor – os quais dispõem de informação apurada acerca do produto e do contratante.

O problema, portanto, não reside na exigência legal do processo de licitação pública – mas, sim, em seus desvios, tais como os excessos burocráticos, os formalismos inférteis, as exigências desproporcionais e o desprezo à eficiência (isso sem se falar das ilicitudes). Como consignou Adilson Abreu Dallari, “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”.²⁹ Pode-se afirmar sem hesitação que editais eficientes tendem a atenuar os custos externos e produzir contratações vantajosas: a Administração, preocupada em realizar bons negócios, certamente diminuirá os respectivos custos de transação. O eventual problema não está na LGL (nem estará no RDC), mas na forma como muitas vezes os diplomas normativos são mal-aplicados.

29. Adilson Abreu Dallari, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 18.