

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.070-1 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. EROS GRAU
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

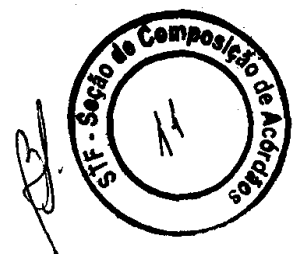
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, §. 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19.

3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do *interesse público*, seu pressuposto é a *competição*. Procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A *competição* visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

0



ADI 3.070 / RN

4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.

6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de novembro de 2007.



EROS GRAU

-

RELATOR

29/11/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.070-1 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. EROS GRAU
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O Procurador-Geral da República propõe ação direta na qual questiona a constitucionalidade do § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, cujo texto é o seguinte:

"Art. 111. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos na Constituição Federal, cabendo ao Estado, no âmbito de sua competência, tudo fazer para assegurar sua realização.

.....

§ 4º Na análise de licitações, para averiguação da proposta mais vantajosa, são considerados, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública deste Estado."

2. O requerente sustenta que o preceito hostilizado afronta o comando que se extrai do artigo 37, inciso XXI¹, da Constituição do

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....



ADI 3.070 / RN

Brasil. Alega que o "artigo ora contestado, ao estabelecer como forma de averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública, está a privilegiar alguns licitantes em detrimento dos demais".

3. Em face da relevância da matéria, o Ministro Nelson Jobim, relator à época, determinou, nos termos da decisão de fl. 25, fosse aplicada ao caso a regra do artigo 12 da Lei n. 9.868/99.

4. A Assembléia Legislativa não prestou informações, como certificado à fl. 30.

5. O Advogado-Geral da União pugna pela improcedência do pedido, destacando que "a fixação legal em foco que determina a observância da interferência tributária em licitações no Rio Grande do Norte não se demonstra desarrazoada e despida de fundamento constitucional. Tem por fim atender aos ditames dos princípios da finalidade pública e da legalidade, que devem reger os atos da Administração, sem que se evidencie [...] violação ao princípio da igualdade e de qualquer outra disposição da Constituição da República" [fls. 31/37].

6. O Procurador-Geral da República, ratificando os termos da inicial, opina pela procedência do pedido [fls. 39/44].

É o relatório.

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.

ADI 3.070 / RN

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Trata-se de ação direta na qual é objetivada a declaração de inconstitucionalidade de preceito da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Preceito nos termos do qual serão considerados, na análise de licitações, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro.

2. A inconstitucionalidade é evidente.

3. O preceito faz distinção entre brasileiros, afrontando o disposto no artigo 19, inciso III, da Constituição do Brasil. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é no mínimo incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19.

4. A Constituição de 1.988 estabelece, em seu artigo 37, inciso XXI, que, "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". Nesse processo somente são permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

5. A licitação --- tenho-o reiteradamente afirmado² --- é um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*. Está voltada a um duplo objetivo: o de

² Meu Licitação e contrato administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 1.995, p. 14.

ADI 3.070 / RN

proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.

6. A licitação, assim, há de ser concebida como uma imposição do *interesse público*, sendo seu pressuposto a *competição*. "*Competição*" é, no entanto, termo que assume ao menos duas significações³. Enquanto pressuposto da licitação, *competição* é possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia de igualdade (*isonomia*). Chamemo-la *competição-pressuposto*. Por outro lado, *competição* é também *disputa*, ou seja, no caso, possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas do que outros, um a proposta melhor de todas. Chamemo-la *competição-disputa*.

7. Sendo um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*, a função da

³ Há *competição*, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso impõe-se que a *competição* de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. Fala-se porém em *competição* também em diverso sentido, ou seja, como *disputa*. Há *competição-disputa* quando, assegurada a todos a oportunidade de concorrerem à contratação pretendida pela Administração, apresentam-se os proponentes diante dela oferecendo vantagens distintas entre si, de modo que possa ela distinguir, a partir dos critérios, objetivos, da licitação, entre as várias propostas, o negócio mais vantajoso a ser contratado. Daí dizermos que *cessa a competição* --- já não mais no primeiro sentido acima delineado: *competição plena*, permissiva do acesso de todos e quaisquer agentes econômicos, indiscriminadamente, à licitação, porém como *disputa* --- quando, embora a todos os licitantes possíveis tenha sido assegurada a oportunidade de disputarem a contratação pretendida pela Administração, todos eles apresentam-se em igualdade de condições na licitação, de modo que não se possa distinguir, entre vários, o negócio mais vantajoso para a Administração.

ADI 3.070 / RN

licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A *competição* de que aqui se trata [competição-prespuposto], visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

8. O preceito questionado, ao determinar sejam considerados, na aferição da proposta mais vantajosa, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda estadual, afronta o princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

9. Como observei no meu voto na ADI n. 3.105, ao qual ora me reporto, a igualdade se expressa em *isonomia* [= garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito de direito em igualdade de condições com outro] e na *vedação de privilégios*. Decorreria da *universalidade das leis --- jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*⁴. Reunidos os dois princípios, *igualdade e universalidade das leis*, assim se traduzem: *a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei*⁵.

10. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque --- e isso é repetido desde PLATÃO e ARISTÓTELES⁶ --- a

⁴ ULPIANO, 1, 3, 10, 8.

⁵ Cf. VICENTE RÃO, *O Direito e a vida dos direitos*, 1º vol., Max Limonad, São Paulo, 1.960, pág. 210.

⁶ PLATÃO, *Leis*, VI 757; ARISTÓTELES, *Política*, III 9 (1280a) e *Etica a Nicômano*, V 6 (1131a).

ADI 3.070 / RN

igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

11. Vale dizer: o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. A questão que fica --- crucial --- é a seguinte, na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷:

"Afimal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?".

12. A lei --- como qualquer outro *texto normativo* --- pode sim, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

13. Procurando dar resposta à indagação a respeito de quais situações e pessoas podem ser discriminadas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor o seguinte:

"a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada, que surja da

⁷ O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.978, págs. 15/16.

ADI 3.070 / RN

natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária"⁸.

14. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando "não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível"⁹.

15. O preceito constitucional exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Daí porque qualquer discriminação, no julgamento da licitação, que exceda essa limitação será inadmissível. A ponderação ou consideração dos valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Norte pelo licitante não surge da natureza das coisas, nem é, de alguma forma, concretamente compreensível. Coloca o licitante em posição privilegiada, assegurando-lhe, desde o início do certame, injustificada vantagem sobre os demais que não sejam contribuintes no Estado ou, sendo-o, recolham ao Estado menos impostos do que o licitante que pague mais.

16. Esta Corte apreciou a questão referente à garantia da igualdade entre os licitantes quando do julgamento da medida cautelar na ADI n. 1.824¹⁰, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, oportunidade em que o Ministro NELSON JOBIM observou que:

"É evidente que em se colocando num processo licitatório alguém com preferência, ocorre o que o

⁸ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1.986, p. 366.


⁹ *Idem*, pág. 370.

¹⁰ DJ de 29/11/2002

ADI 3.070 / RN

mercado tem demonstrado: ou não se vai à licitação, por se saber que não se vai conseguir - e ir à licitação importa custos, não sendo pura e simplesmente predispor-se, pois há a necessidade de uma série de atos jurídicos prévios, inclusive de segurança bancária -, ou se conversa antes com o preferente e se oferece um certo valor para ele não exercer a preferência. É isso o que se passa".

Julgo procedente o pedido formulado nesta ação direta e declaro inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.070-1

PROCED.: RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. EROS GRAU

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

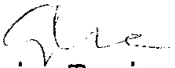
REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO

NORTE

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Plenário, 29.11.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso do Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário