

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública

Danuza Maria Machado Ramos

**As Regras Procedimentais de Seleção e
Contratação dos Organismos Multilaterais de
Crédito e sua Interpretação pelo Administrador
Brasileiro**

**Brasília – DF
2008**

Danuza Maria Machado Ramos

**As Regras Procedimentais de Seleção e
Contratação dos Organismos Multilaterais de
Crédito e sua Interpretação pelo Administrador
Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF
2008

Danuza Maria Machado Ramos

**As Regras Procedimentais de Seleção e
Contratação dos Organismos Multilaterais de
Crédito e sua Interpretação pelo Administrador
Brasileiro**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Estudo no âmbito do direito administrativo cujo objetivo é avaliar o alcance do disposto no artigo 42, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93, enfatizando-se a necessidade de uma participação ativa do administrador público responsável pela licitação financiada com recursos internacionais no sentido de encontrar os princípios que orientam as normas procedimentais estrangeiras e dar-lhes concretude, na forma do ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica sobre a possibilidade de serem utilizadas regras alienígenas em detrimento das nacionais nas seleções públicas decorrentes de empréstimos concedidos por organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte. Com suporte em uma interpretação sistemática e reconhecendo a estruturação hierarquizada do ordenamento jurídico brasileiro, o permissivo legal contido no §5º do art. 42 da Lei de Licitações e Contratos há que ser aplicado sob a prevalência dos princípios constitucionais correlatos fazendo-se a necessária compatibilização entre eles e as regras estrangeiras, principalmente quando for imprescindível complementá-las. Para tanto, exige-se do gestor público participação crítica e interpretativa quando da aplicação das diretrizes internacionais, vislumbrando os princípios que elas visam resguardar.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Licitação Internacional. Organismo Financeiro Multilateral. Empréstimo Internacional. Banco Mundial. Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Guidelines*. Art. 42, § 5º da Lei 8.666/93.

ABSTRACT

This is a Legal study, in the ambit of Administrative Law. The purpose of this work is to evaluate the article 42, paragraph 5º of the 8666/93 Brazilian Law, emphasizing the need of an active participation of the Public Manager, wich is responsible for public tenders subsidized by international resources. The objective is to identify the principles that drive the international rules and procedures, in accordance with the Brazilian Law.

Key-words: Principles. International Public Tender. Financing Development. International Loan. World Bank. Inter-American Development Bank. Guidelines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	5
2. OS PRINCÍPIOS NA LEI 8.666/93	12
3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS	15
4. O ART. 42 § 5º DA LEI 8.666/93.....	20
5. AS DIRETRIZES DOS ORGANISMOS MULTILATERAIS DE FINANCIAMENTO	29
6. CONFORMAÇÃO ENTRE AS REGRAS PROCEDIMENTAIS ESTRANGEIRAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	36
CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

O procedimento de licitação e contratação públicas sempre esteve entre as matérias mais comentadas e estudadas pela doutrina brasileira, tamanha sua importância e utilização pela Administração.

Com efeito, sendo o Brasil um país de tão grande proporção territorial, nada mais natural que sua máquina administrativa acompanhe seu tamanho, apresentando-se extensa e volumosa.

Ferramenta fundamental e imprescindível do Poder Público quando de suas contratações, a Lei 8.666/93, também conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLC, tem sido destrinchada pelos operadores do Direito desde sua edição, há 15 anos.

Não obstante a diversidade de estudos e decisões sobre a mencionada norma como um todo, é possível perceber um certo acanhamento doutrinário quanto à extensão do permissivo legal expresso no art. 42, § 5º da LLC.

Referido dispositivo, incluído em um artigo que trata sobre licitações internacionais, possibilita ao gestor público, durante o procedimento de contratação que contar com financiamento de órgão multilateral de crédito, adotar as regras próprias de tal entidade, desde que isto seja exigido como condição do empréstimo.

Ainda, resta expresso no mesmo § 5º que as normas alienígenas não devem afrontar o princípio do julgamento objetivo.

Vivendo-se em tempo de globalização, marcado pela crescente integração entre as nações, a norma em tela é de utilização necessária pela Administração Pública que busca beneficiar-se de recursos externos concedidos em contratos de mútuo facilitados.

No entanto, qual o verdadeiro alcance do citado parágrafo quinto?

Por óbvio, bastando que se conheça minimamente a estrutura de um Estado Democrático de Direito, que as restrições à aplicação de regras estrangeiras não podem limitar-se à observância de um único princípio, sendo certo que todos aqueles previstos, ainda que implicitamente, na Constituição da República também merecem incondicional obediência, sob pena de se permitir o colapso do ordenamento jurídico, quedando-se por terra a soberania nacional.

Nesse sentido, há alguns trabalhos doutrinários. Realmente, sobre o fato de que os princípios constitucionais devem sempre guiar a atuação do administrador público, principalmente quando de suas contratações, parece não haver substanciais divergências. Tanto juristas quanto os Tribunais pátrios caminharam para essa orientação, esclarecendo que o § 5º do art. 42 da LLC há que ser aplicado com cautela e zelo.

Na verdade, desde antes da edição da atual lei de licitações, quando ainda vigorava o Decreto-Lei nº 2.300/86, já apregoava a Corte de Contas Federal que a existência de normas das entidades de financiamento não obstava que a mutuária ou executora, utilizando-se do poder de negociação, procurasse junto a essas agências internacionais de crédito fazer prevalecer os procedimentos estatutários internos, considerados relevantes na formalização das despesas públicas, sem prejuízo da tentativa de conciliação entre as práticas eventualmente conflitantes, naquilo que não fosse incontornável. Caso contrário, incumbiria ao Administrador-Responsável nacional adotar sempre a decisão que melhor atendesse aos interesses da União, expressos na legislação pertinente.

O primeiro e o segundo capítulo deste trabalho, pois, de maneira bastante sucinta, discorrem sobre o conceito e o papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, revelando e enaltecendo sua importância na atuação da Administração Pública, em especial na aplicação das normas previstas na Lei 8.666 de 1993.

Já no terceiro tópico, abordam-se os tratados internacionais, vez que é por meio deles que regras estrangeiras são incorporadas ao ordenamento pátrio, ocupando lugar já definido na hierarquia das normas. Sua relevância para o presente estudo decorre da necessidade de bem se compreender o alcance das regras procedimentais preconizadas por organismos internacionais e aplicáveis às licitações públicas brasileiras por força do art. 42 § 5º da LLC.

Logo a seguir, o próprio artigo 42, § 5º da LLC é apresentado, consignando-se os comentários e interpretações doutrinários e jurisprudenciais que hodiernamente lhe são aplicados.

Como antecipado, o objetivo deste trabalho é aprofundar um pouco mais, tangendo deliberadamente alguns aspectos práticos do assunto, sobre a liberdade concedida ao administrador público para aplicar regras estrangeiras em casos de contratações com financiamento externo. O simples fato de, na teoria, saber-se defeso ofender aos princípios constitucionais, não resolve questões concretas enfrentadas pelo gestor público que, variadas vezes, sequer percebe a existência de uma afronta a tais princípios.

Assim é que, trazendo-se, no capítulo quinto, ao conhecimento do leitor, algumas regras do Banco Mundial – BIRD e do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, conhecidas como *guidelines*, procurar-se-á pinçar certos procedimentos impostos ao Mutuário que, dependendo da forma como aplicados ou interpretados, são capazes de contrariar os princípios brasileiros, ainda que não seja esta a intenção do financiador.

No sexto tópico, então, faz-se uma comparação pontual entre aquilo que a legislação brasileira elegera como salutar para suas seleções e contratações com as orientações dos organismos estrangeiros de financiamento, evidenciando-se reais pontos de problematização normalmente ignorados pela Administração.

Isto porque, acostumado o gestor público a olhar o permissivo do § 5º em referência como norma concedente de absoluta liberdade, a aplicação das *guidelines* é

feita sem qualquer esforço de interpretação, sem aprofundamento teórico, sem a salutar procura pela melhor leitura dos dispositivos legais.

Criando-se situações hipotéticas, porém plenamente passíveis de ocorrerem, buscam-se soluções para a atuação concreta do Administrador Público que, cada vez mais freqüentemente, depara-se com as exigências estrangeiras nas seleções financiadas por organismos multilaterais de crédito sem, no entanto, possuir conhecimento específico sobre a extensão da norma do art. 42, §5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

1. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

É de fundamental importância, para o trabalho que se desenvolverá, buscar o conceito de princípio e, assim, diferenciá-lo das regras.

Para Slaibi Filho, “princípio é toda norma jurídica determinante de outras tantas subordinadas, que a pressupõem, com alto grau de generalidade, o que não importa, necessariamente, em baixa densidade normativa.”¹

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, princípio é a diretriz fundamental de um sistema. “Ele está na base do sistema jurídico e constitui fonte de outras normas, caracterizando-se por sua aptidão para dar origem a outras normas infraconstitucionais.”²

Citando Celso Antônio Bandeira de Mello, Justen Filho esclarece que princípio

é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico³

Por vezes, são os princípios os cânones que não foram ditados explicitamente pelo legislador, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

González Péres, no mesmo sentido, afirmou:

¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65-66.

² *apud* SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 141.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 41.

os princípios jurídicos (...) têm em si valor normativo; constituem a própria realidade jurídica. (...) Existem independentemente de sua formulação; são aplicáveis ainda que a ciência os desconheça. Não se pode olvidar que os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios.⁴

Traçados os contornos do que sejam princípios, é possível dizer-se que a norma é gênero, enquanto os princípios e as regras são espécie. E diferem-se entre si em alguns aspectos, os quais, contudo, são um tanto complexos.

De um mesmo dispositivo é possível extrair princípios e regras; por exemplo, do disposto no art. 42, §1º, da C.F., retira-se o princípio de que o número de deputados federais em cada entidade federativa é estabelecido proporcionalmente à população, e a regra ou preceito de que o maior Estado contará, no máximo, com 70 deputados.

Pelo ensinamento de Vitorino, a mais importante distinção entre regras e princípios é a de que:

As regras são aplicáveis à moda de proposições disjuntivas, ou seja, segundo a máxima do tudo ou nada. Ocorrido, no mundo dos fatos, o suporte hipotético disciplinado, impõe-se de imediato, uma consequência jurídica unívoca, desde que a regra seja válida segundo as normas de reconhecimento de um ordenamento jurídico, ou seja, consoante as normas do processo legislativo disciplinado constitucionalmente. A seu turno, os princípios caracterizam-se pela inexistência de uma consequência jurídica aplicável de plano quando realizado o suporte fático. Por essa razão, podem incidir conjuntamente em uma mesma situação de fato, e sofrer, reciprocamente, condicionamentos que ora darão preponderância a um, ora a outro.⁵

No entanto, pode-se dizer que o princípio jurídico determina o sentido e o alcance das regras, que não podem contrariá-lo, sob pena de se pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico, devendo haver coerência entre os princípios e as

⁴ *apud* PEDRA, Anderson Sant'ana. Licitação Internacional: Normas Nacionais x Normas estrangeiras, uma visão constitucional. *L&C – Revista de Direito e Administração Pública*. Ano VI – nº 62. 2003. p. 38.

⁵ SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*. São Paulo: LTR Editora, 2007, p.23.

regras, no sentido que vai daqueles para esta. Os princípios aparecem como *standarts* juridicamente vinculantes que se aproximam da noção de direito e de justiça, ao passo que as regras assumem, geralmente, um papel vinculativo de conteúdo simples e meramente funcional.

Há, ainda, pelo magistério de Slaibi Filho, diferenciação quanto ao grau de abstração das normas:

De acordo com o grau de generalidade, classificam-se as normas em princípios e regras; e aqueles podem oferecer diferentes patamares, a começar pelos princípios estruturantes (no dizer de Canotilho), também denominados, na Constituição de 1988, como princípios fundamentais (os encontrados no Título I, aliás, com esta denominação); a seguir os princípios gerais, mas específicos, como aqueles referidos no caput do art. 37, a reger a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) até chegar aos princípios especiais, regentes de setores mais específicos (como, por exemplo, aqueles concernentes à licitação, descritos no art. 37, XXI).⁶

Compreendidos os conceitos de princípios e regras, essencial estudar, ainda que superficialmente, o papel daqueles na interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico. Isto porque, na aplicação do Direito, segundo Sundfeld⁷, os princípios cumprem duas relevantes funções: determinam a adequada interpretação das normas e permitem a colmatação de suas lacunas.

Com efeito, é incorreta a interpretação da regra quando dela deriva contradição, explícita ou velada, com os princípios.

No mesmo sentido, quando a regra admite logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios.

Ainda, quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte interpretação mais extensa ou mais restritiva que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou

⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 67.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

restritiva, para calibrar o alcance da regra com o princípio. Nesse sentido, Sustain, citado por Vitorino, já consignou:

Se as palavras da Constituição não resolvem casos constitucionais difíceis, parece inegável que os juristas que interpretam o documento têm que voltar a sua atenção para algo além do seu texto para desempenhar o seu trabalho. Esta idéia, para muitos, aparenta ser inevitável e intolerável (...). Significa que a interpretação da Constituição precisa basear-se em princípios externos às palavras contidas na Constituição.⁸

No campo da Hermenêutica Constitucional, possível encontrar alguns essenciais princípios norteadores da redação e conseqüente interpretação da Carta Magna, tais como aquele que informa estar a Constituição no ápice do ordenamento jurídico nacional, de modo que nenhuma norma jurídica pode contrariá-la material ou formalmente sob pena de advir uma inconstitucionalidade e o que estatui que a norma constitucional é imperativa, de ordem pública e emana da vontade popular, devendo seu aplicador conceder-lhe, sempre, a maior extensão possível.

Esclarece Anderson Sant'ana Pedra que,

como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico, inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente, de menor força vinculatória.⁹

São as próprias características de uma Constituição, expressas por sua forma e procedimento de elaboração, que justificam sua posição hierárquica superior, afigurando-se razoável afirmar que sua autoprímazia normativa significa que as normas

⁸ *apud* SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*. São Paulo: LTR Editora, 2007, p.25.

⁹ PEDRA, Anderson Sant'ana. Licitação Internacional: Normas Nacionais x Normas estrangeiras, uma visão constitucional. *L&C – Revista de Direito e Administração Pública*. Ano VI – nº 62. 2003. p. 38.

constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior, sendo assim um valor normativo formal e material superior, ou seja, nenhuma norma, inclusive internacional, pode influenciar ou afastar uma norma constitucional sob pena de se ferir a soberania nacional.

Isto considerado, tem-se que as normas constitucionais devem ser obedecidas ilimitadamente, pois a Constituição é a norma primeira da qual origina todo o ordenamento jurídico, não podendo nenhum outro diploma legal contrariar seus comandos normativos, inclusive, ultrapassar os limites ali traçados.

Conhecidas como cláusulas pétreas, as disposições referentes aos direitos e deveres individuais e coletivos insculpidas no art. 5º da C.R. são típico exemplo dos obstáculos constitucionais intransponíveis; da mesma forma, podem-se citar os princípios que devem nortear a Administração Pública, insertos no art. 37.

Por relevante ao presente trabalho, prudente deixar consignado que se acredita que as restrições principiológicas exigidas pelo Texto Constitucional alcançam também os acordos, protocolos, convenções e tratados internacionais.

A sustentar tal concepção, tem-se o posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 80.004, que fortalece a tese de que vigora no Brasil a teoria monista-constitucionalista, pela qual as normas internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional têm a mesma hierarquia que as normas internas, resolvendo-se os casos de antinomias pelo critério cronológico ou da especialidade. Bastante esclarecedor o abaixo transcrito trecho de outra decisão também do Supremo Tribunal Federal:

(...) É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária entre monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjunção de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo,

sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de Direito Internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. (...) Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.¹⁰

Tem-se assim que as normas gerais de licitação que vierem a ser estatuídas pelo legislador infraconstitucional, ou que adentrarem o ordenamento brasileiro por meio de acordos (em seu mais amplo sentido) internacionais, não poderão ultrapassar os limites normativos, incluindo aqui os principiológicos, trazidos pelo Texto Constitucional.

Em verdade, é possível afirmar que também em normas infraconstitucionais encontram-se princípios que, embora não listados nominalmente na Carta Magna, são dela decorrentes, consubstanciando-se, assim, em expressões diretas dos princípios constitucionais cuja observância é obrigatória, inclusive para os acordos internacionais.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, rel. Ministro Celso de Mello. Decisão 4.9.97. DJ 18.5.01

Nesse sentido, vem bem a propósito a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o alcance dos princípios constitucionais, assim sintetizada:

O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência [...]. Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional, uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.¹¹

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68

2. OS PRINCÍPIOS NA LEI 8.666/93

A Lei 8.666/93, lei de licitações e contratos administrativos, traz em seu bojo as normas gerais sobre o assunto, por determinação dos arts. 22, XXVII e 37, XXI da Constituição Federal, a saber:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundamentais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; (...)

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

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...) ¹²

Instrumento básico do presente estudo, a Lei 8.666/93 apresenta-se como exemplo perfeito de norma infraconstitucional que reflete variados princípios invocados na Carta Magna. Por vezes, evidenciam-se eles de forma expressa, outras, apenas de maneira implícita, desafiando seu aplicador a descobri-los e aplicá-los.

Com efeito, seu art. 3º estabelece:

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais.- São Paulo: RT, 2005. p. 46, 55-58.

art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. (...) ¹³

Verifica-se que a matriz constitucional deste dispositivo é o já transcrito artigo 37, o qual enumera os princípios gerais a regular as atividades administrativas do Estado. Não obstante, há indireta referência a vários outros princípios constitucionais, relacionados com os direitos e garantias fundamentais.

Extraíndo do caput desse artigo toda sua relevância, o mestre Justen Filho afirma que ele sintetiza o conteúdo da lei, no âmbito da licitação.

Os dispositivos restantes desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios. ¹⁴

Vale aqui despendar algumas palavras sobre o princípio da isonomia, cujo objetivo é assegurar a igualdade entre todos os interessados em contratar com a Administração.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 de junho de 1993.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p.42.

Com muita propriedade, o renomado tributarista Hugo de Brito Machado ensina: “a isonomia, ou igualdade de todos na lei e perante a lei, é um princípio universal de justiça. Na verdade, um estudo profundo do assunto nos levará certamente à conclusão de que o isonômico é o justo.”¹⁵

Aristóteles, citado por José Afonso da Silva, já consignava que “toda democracia se funda no direito de igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade”¹⁶

Nas licitações públicas, um dos principais princípios a ser observado é o da igualdade, que veda a existência de quaisquer privilégios para os participantes do certame, sejam privilégios concedidos pela administração pública, pelo órgão licitante ou por outros órgãos da administração, ou sejam privilégios decorrentes de condições artificialmente criadas pelo próprio Estado.

Havendo tais distorções deve o órgão licitante promover a equalização dos proponentes, compensando ou excluindo estes fatores extrínsecos que favoreçam um ou outro licitante. De toda sorte, o princípio da isonomia deve ser sempre um dos direcionadores da ação/interpretação do agente público responsável pela licitação, de modo que, como se verá mais a frente, existindo a possibilidade de que uma norma venha a aquinhoar tal valor principiológico, ela não deverá ser aplicada, ao menos com esse alcance restritivo.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 252.

¹⁶ *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 133.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Como este estudo confrontará, logo mais, regras de organismos internacionais de financiamento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – Banco Mundial ou BIRD, com normas de direito interno brasileiras, prudente abrir este tópico, ainda que para tratar de forma bastante superficial sobre o assunto.

Da maneira como adiantado no primeiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal acalantou a celeuma que anteriormente vigorava ao esposar entendimento, em contraposição à tese defendida no Direito Internacional, de que as normas internacionais (que não tratam de direitos fundamentais) não possuem hierarquia superior às leis ordinárias nacionais.

Compartilhando essa orientação, adota-se nesse trabalho a posição de que não havendo na Constituição Federal nenhum mandamento específico que admita a recepção dos tratados internacionais (com exceção daqueles de direitos fundamentais – art. 5º, §3º¹⁷) como normas de supradireito, falta fundamento suficiente capaz de sustentar a teoria de que tais instrumentos internacionais sejam equiparados a normas constitucionais e assim, não poderiam ser revogados por leis ordinárias posteriores ou de caráter especial.

As formalidades que cercam a elaboração de um tratado, ato jurídico que conta com a manifestação da vontade de pelo menos duas pessoas de direito internacional público (não está adstrito aos Estados soberanos) objetivando estabelecer um acordo com efeitos jurídicos, exigem que o mesmo passe por um processo de negociação,

¹⁷ Art. 5º §3º- Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (parágrafo acrescentado pela emenda Constitucional nº 45/2004)

celebração e ratificação descrito em lei, exercendo o Congresso e a Presidência da República competências diversas.

No Brasil, conforme se depreende do disposto no art. 21, I da Magna Carta, compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. O art. 84, VII, por seu turno, elenca como uma das atribuições privativas do Presidente da República a manutenção de relações com Estados estrangeiros. Decorre daí que a União, por intermédio de seu presidente, age perante os demais países em nome de todos os seus entes federativos e, não, apenas em seu próprio.

Para que tenha validade no plano interno, nosso ordenamento jurídico impõe, após a fase das negociações, uma série de atos complexos. Primeiramente o Presidente da República celebra o acordo. Depois, este é submetido ao Congresso Nacional, que oferece ou não o referendo, por meio de Decreto Legislativo. Após, retorna o referendo ao chefe do Executivo para que este o ratifique, fazendo o depósito do instrumento. Somente após a ratificação, o depósito do documento com as assinaturas das respectivas autoridades governantes, sua promulgação por decreto executivo e sua publicação no Diário Oficial é que se pode dizer que o tratado internacional tornou-se fonte de nosso direito, vez que somente nesse instante passará o acordo a vigor internamente.

De outro lado, não ratificado o tratado pelo Poder Executivo, tem-se que o mesmo foi recusado, pois a anuência de ratificação é ato inerente à soberania do Estado e, por conseguinte, constitui o exercício normal de um direito, não transgredindo nenhum preceito internacional.

Firmados esses passos, verifica-se que ao aprovar a Convenção de Bretton Woods de 22/07/44, por meio do Decreto-Lei nº 8.479/45 e ao promulgá-la pelo Decreto 21.177/46, o Brasil introduziu no seu direito interno as normas ali estabelecidas, relativas a contratações financiadas pelo Banco Mundial.

Com efeito, criado durante a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, reunida em Bretton Woods, o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento – BIRD foi concebido como instrumento de reconstrução dos países destruídos pela guerra e para promover o desenvolvimento dos países menos desenvolvidos.

Reconheceu-se a necessidade de instalação de uma nova ordem econômica internacional, lançando-se as bases de uma novel regulamentação dos campos financeiro, monetário e comercial. Com personalidade jurídica de direito público, sua existência se assenta nos princípios estabelecidos na Carta da ONU para alcançar a cooperação internacional visando à solução dos problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários dos Estados membros.

No que se refere ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, igualmente o Brasil foi signatário do seu Convênio Constitutivo. Celebrado em Washington, em 08 de abril de 1959 e, na mesma data, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 18, publicado no Diário Oficial de 09 de dezembro de 1959 e promulgado por meio do Decreto nº 73.131, de 09 de novembro de 1973.

Organismos internacionais como o BIRD possuem o propósito de servir de meio de transferência de recursos dos países industrializados para aqueles em vias de desenvolvimento, visando apoiar projetos, desde que eles sejam econômica, técnica e financeiramente viáveis.

Contudo, o país passível de ser beneficiado com a transferência de recursos do Banco Mundial (conseguidos por meio de ações subscritas pelos países membros do Banco, conforme a capacidade econômica de cada um, e mediante a captação de recursos via empréstimos internacionais ou emissão de bônus), também conhecido como “país elegível”, será uma espécie de mutuário e, obrigatoriamente, deverá usar tais recursos para a consecução das finalidades predeterminadas, atuando de acordo com as chamadas diretrizes ou *guidelines* definidas pelo mutuante.

Tanto o Banco Mundial - BIRD quanto o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID possuem instruções padronizadas em relação aos procedimentos e às políticas a serem aplicados quando dos seus empréstimos, afigurando-se elas exigências pouco negociáveis com o mutuário.

Tal se dá porque, ante a grande diversidade de ordenamentos jurídicos nacionais com que trabalham, seria praticamente impossível controlar os recursos submetidos, cada qual, a determinada regra jurídica distinta. Conseqüentemente, adotam suas políticas próprias e padronizam os processos de contratação com os recursos que disponibilizam.

Importante aqui já deixar consignado que ao aderir à Convenção de Breton Woods e ao participar do Convênio Constitutivo do BID, o Brasil fez incorporar ao seu ordenamento jurídico o que ali restou decidido, esclarecendo POZZO; PORTO FILHO¹⁸ que não fazem parte desses atos internacionais as diretrizes (*guidelines*) confeccionadas pelos organismos multilaterais de crédito que, inclusive, sofrem constantes alterações e atualização.

Portanto, quando se tratar sobre as *guidelines*, prudente ter em mente que elas não integram o ordenamento jurídico pátrio, muito embora sejam necessárias à execução do que definido na Convenção Internacional a que aderiu o Brasil.

Realmente, não se apresenta factível que os regulamentos de licitação de obras e serviços e para contratação de consultoria editados pelos organismos internacionais em comento, pelo fato de sua existência posterior ter sido prevista no acordo, adquiram o mesmo status jurídico, ou seja, sejam recepcionados como lei na ordem interna, que a mencionada Convenção.

Ora, ainda que o Brasil se faça representar na Diretoria dos Bancos, responsáveis pela edição das *guidelines*, estas são apenas regras tidas como

¹⁸ POZZO, Antônio Araldo Ferraz dal; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Projetos financiados por organismos internacionais em concorrências públicas – limites constitucionais e legais de suas diretrizes (*guidelines*). *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, nº 106, dezembro de 2002, p. 1012.

necessárias à execução dos princípios, estes sim, aprovados na Convenção de Breton Woods e no Convênio Constitutivo do BID; estes sim insuscetíveis de serem afastados. Os regulamentos, dessarte, não integram os termos do acordo e, repete-se, não fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que possam, como se verá a seguir, ser utilizados nas contratações nacionais.

A comentar o assunto, a professora Folgosi concluiu:

Dentro da chamada “teoria do monismo moderado”, as *guidelines*, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Woods), dependem, para sua validade, de sua consonância com os princípios e normas constitucionais.¹⁹

¹⁹ *apud* PEDRA, Anderson Sant’ana. Licitação Internacional: Normas Nacionais x Normas estrangeiras, uma visão constitucional. *L&C – Revista de Direito e Administração Pública*. Ano VI – nº 62. 2003. p.41.

4. O ARTIGO 42 § 5º DA LEI 8.666/93

Percorridos esses primeiros passos, possível agora enfrentar os pontos realmente nodais desse trabalho. A questão que se impõe, mas não nela se esgotando a problemática, refere-se à extensão da liberdade concedida ao administrador público pelo art. 42 §5º da Lei de Licitações e Contratos.

Explica-se: mencionado artigo é sempre invocado, infelizmente sem articulação interpretativa, pelos agentes públicos responsáveis pelos processos licitatórios realizados com financiamento de organismo multilateral de crédito para afastar as regras brasileiras da Lei 8.666/93 e aplicar, sem qualquer aprofundamento teórico, as diretrizes estrangeiras impostas.

Como adiantado introdutoriamente, a utilização desenfreada dos literais dizeres do art. 42 §5º da Lei 8.666/93 fatalmente permitirá a interiorização de regras estrangeiras sem que elas sequer passem por uma análise crítica e comparativa com as normas nacionais, principalmente seus caros princípios. Importante, dessa feita, alertar o Poder Público licitante, principalmente, sobre os perigos de se copiar as políticas dos bancos de financiamento sem filtros e sem ponderações.

Esta a redação da norma em comento:

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

§ 5º. Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamentos ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do

financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (...)²⁰

Não há dúvidas, com o disposto neste artigo, que a lei expressamente permitiu o afastamento do regime de licitação por ela mesma regrado em virtude de exigências de organismos internacionais.

A fundamentar esse permissivo, está o fato de que a contratação do empréstimo, ou doação, ocorrerá em benefício para o País. Esta a opinião do administrativista Justen Filho:

Deve ter-se em vista que o dispositivo somente autoriza o afastamento da legislação nacional porque se cogita da percepção de uma vantagem para a Nação brasileira. Essa vantagem consiste na transferência gratuita (doação) ou não (financiamento a entidades governamentais) de recursos para empreendimentos no território nacional.²¹

Pois bem. Analisando-se o texto do referido artigo, verifica-se que houve proposital referência, além dos acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, à possibilidade de utilização das normas e procedimentos daquelas entidades, residindo aí o permissivo legal para que as *guidelines* sejam reproduzidas nas contratações que o Brasil vier a realizar sob financiamento estrangeiro.

Logo mais, a norma acrescenta que essas diretrizes impostas ao Brasil não podem conflitar com o princípio do julgamento objetivo, o que leva os desavisados a crerem ser esta a única restrição principiológica a reger as contratações fundamentadas no §5º do art. 42.

²⁰ BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 de junho de 1993.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 411.

Tudo o que neste estudo já se desenhou, não obstante, adverte para o equívoco de um entendimento simplista e literal como este. Ora, jamais se pode perder de vista que a obtenção dos recursos de origem estrangeira não autoriza ignorar a ordem jurídica interna, especialmente no que se refere a princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal. Nem pode suprimir a independência nacional e afastar o Estado de Direito.

Sobre esse ponto, é possível encontrar razoável acervo jurisprudencial (Tribunais de Contas) e doutrinário, afigurando-se relevante aqui reproduzir algumas orientações.

Justen Filho, autor festejado, salienta:

Na medida em que esses organismos tenham previstos critérios específicos para julgamento das propostas, será possível escapar ao modelo da Lei 8.666, desde que o edital dispusesse minuciosamente sobre o tema. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República. O art. 42, § 5º, significa que as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento, etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas²²

Por sua vez, o professor Mukai leciona:

Fica, então a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei 8.666/3, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo? Pensamos que não. (...) Quanto ao princípio, embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo – é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF). Portanto, conclui-se que

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 42-43.

nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do §5º do art. 42 da Lei 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF).²³

O administrativista Citadini também já se deteve ao exame do art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 fazendo as seguintes ponderações:

A licitação deverá obedecer às normas de contratação do órgão financiador, desde que não conflitem com as disposições constitucionais brasileiras de contratação, e, especialmente, o princípio da contratação mais vantajosa. Tais órgãos comumente dispõem sobre a forma de contratação com algumas divergências da Lei nº 8.666/93, mas é possível administrar-se suas normas, se forem obedecidas as disposições gerais da licitação previstas na Constituição, e desde que não importem violação que comprometa o julgamento objetivo.²⁴

Analisando exaustivamente a questão, o Tribunal de Contas da União assim discorreu em julgamento:

Ementa

Auditoria. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Obras de restauração e duplicação da BR-101, segmento Palhoça SC - Osório RS. Irregularidades nos editais de licitação para seleção das empresas executoras das obras. Ausência de procedimentos e regras previstas na Lei 8.666/93, sob a alegação de exigência do BID. Análise da matéria. Impossibilidade de contrato de empréstimo internacional conter cláusulas conflitantes com a Constituição. Prevalência dos princípios constitucionais em caso de conflito com as normas dos organismos de financiamento. Determinação visando a correção dos editais. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e órgãos de supervisão e controle.

Trecho do voto do Min. Relator Ubiratan Aguiar:

Como as alegações do DNIT para esses fatos invariavelmente apontam exigências ou orientações do BID, coloca-se em questão a aplicabilidade das normas licitatórias nacionais em face de procedimentos definidos por

²³ MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

²⁴ CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. 3.ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

organismos internacionais de financiamento. É pacífico que, com fundamento na soberania, as normas contidas na Constituição Federal não podem ser afastadas. Então convém lembrar o que enuncia o inciso XXI do art. 37 da CF/1988: (...)

7. Da mesma maneira que a norma específica de licitações, os princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, como o da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da economicidade também devem ser observados, sob pena de se preterir a supremacia da Constituição.

8. Garantidas as normas e os princípios constitucionais, a própria Lei nº 8.666/93 passa a cuidar do assunto, segundo o § 5º do art. 42: (...)

9. Não se trata, com evidência, de admitir a imposição de normas e procedimentos por parte dessas entidades de fomento, e sim de tentar conciliar as regras internas com as diretrizes do órgão financiador. A utilização de regras estranhas à Lei nº 8.666/93 é uma faculdade, e, mesmo atendida a Constituição Federal, a autoridade administrativa deve retorquir diante de pontos importantes e sempre por em prática o seu poder de negociação.

10. De tão cristalino, esse já era o posicionamento deste Tribunal desde pelo menos 1992, quando, ainda estando a licitação sob a conformação do Decreto-Lei nº 2.300/86, foi prolatada a Decisão nº 245/92-Plenário, em processo de consulta (TC 001.525/1992-1), a qual esclareceu que a existência de normas das entidades de financiamento “não obsta que a mutuária ou executora, utilizando-se do poder de negociação (...) procure junto a essas agências internacionais de crédito fazer prevalecer os procedimentos estatutários internos, considerados relevantes na formalização das despesas públicas, sem prejuízo da tentativa de conciliação entre as práticas eventualmente conflitantes, naquilo que não for incontornável. Caso contrário, incumbe ao Administrador-Responsável nacional adotar sempre a decisão que melhor atenda aos interesses da União, expressos na legislação pertinente”.

11. Pouco tempo depois, o Tribunal mais uma vez se pronunciou a respeito do assunto, conforme a Decisão nº 150/93-Plenário, recomendando à então Secretaria Nacional de Saneamento “negociar com o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID a dispensa do cumprimento da exigência contida [em suas] Normas Especiais, comum aos Acordos de Empréstimos nºs 622/OC-BR e 856/SF-BR, por ser contrária às normas internas brasileiras”, na medida em que, em licitação para contratação de serviços de consultoria, requeria a execução de funções administrativas por gente de fora da administração pública.

12. Mais recentemente, Toshio Mukai, jurista distinto em matéria de licitação, asseverou que “não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar (...) os demais princípios da licitação, que ou decorrem do princípio do julgamento objetivo, ou decorrem do próprio texto constitucional” (artigo: “As licitações internacionais, as normas da Lei nº 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais”, in BLC, v. 10, nº 8, p. 373-374, agosto de 1997). No mesmo sentido, Marçal Justen Filho diz que em tais casos “o princípio norteador será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade do interesse público” (livro: “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, São Paulo, 8ª ed., p. 425).

13. Está claro, em resumo, que a definição de regras licitatórias pelos organismos estrangeiros não invalida a preeminência na licitação de normas nacionais, quando não conflitantes com aquelas ou quando, ainda que conflitantes, sejam requeridas por dispositivos ou princípios da Constituição. Daí não se justificar a absoluta falta de referências à Lei nº 8.666/93 em

qualquer licitação desse tipo, porque o que se procura é a coexistência harmoniosa das normas externas e internas, e não a desconsideração da lei nacional. (...)

Trecho da manifestação do MP:

O importante, então, é que seja conciliada essa exigência do BID com o mandamento constitucional a que acima nos referimos, de inafastável observância da lei ordinária brasileira na contratação administrativa. Obviamente, isso é conseguido mediante a simples transcrição, para o edital de licitação, de todas as regras da Lei nº 8.666/1993 aplicáveis ao certame ora em análise e que não contrariem as normas formal, efetiva e comprovadamente impostas pelo BID, desde que estas, por sua vez, não afrontem a Constituição Brasileira.²⁵

Muito embora pareça óbvio que a soberania de um país não pode ser relegada, que o Texto Constitucional não há como ser ofendido por políticas de contratação estrangeiras, a realidade é que o agente público responsável pelas licitações, invocando simplesmente o permissivo do art. 42 § 5º da LLC, reproduz as *guidelines* impostas e deixa de aferir sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, vez que, repete-se, não realiza uma análise pontual e profunda sobre as regras internacionais, apenas as copia e aplica.

Inclusive, o que motivou o presente estudo não foi simplesmente verificar, tomando-se em tese os casos, os limites traçados pelo dispositivo legal em comento, mas avaliar as concretas imposições regulamentares dos organismos financiadores internacionais (BID e BIRD) e compará-las com as normas brasileiras, extraíndo, daí, aquilo que passível de ser ofensivo à soberania nacional.

Nesse contexto, imprescindível trazer à baila processo ainda em julgamento no Tribunal de Justiça do Distrito Federal onde o Ministério Público local questiona a seleção de determinada empresa feita sob os auspícios das políticas de contratação do Banco Mundial. A discussão levantada, no mínimo, remete à preocupação neste trabalho delineada, reforçando sua importância para a Administração Pública:

²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1640/2002 – Plenário. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em 24 de abril de 2008.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, indeferiu antecipação de tutela para suspensão liminar de contrato firmado entre o Distrito Federal e a empresa CONCREMAT Engenharia e Tecnologia S/A, pleiteada ao fundamento de diversas irregularidades apontadas no procedimento administrativo que selecionou a contratada para gerenciamento do Programa Brasília Sustentável, programa que tem por finalidade a qualidade de recursos hídricos no Distrito Federal e Região Metropolitana.

Relata o Agravante que parte do orçamento será custeado por empréstimo contraído junto ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, tendo sido o procedimento administrativo, que culminou com a contratação para o serviço de gerenciamento, realizado à margem dos ditames da Lei 8.666/93. Para tanto, afirma que o procedimento administrativo teve início antes da formalização do empréstimo, pelo que não poderia ser aplicado o artigo 42, § 5º, da citada lei. Também aponta irregularidades como o caráter subjetivo da escolha, a ausência de publicação de decisões, não-constituição de uma comissão de licitação, exclusão de uma empresa de consórcio, com classificação de outra que o integrava, violação à ordem jurídica interna e à Constituição Federal e aumento significativo do valor da contratação.

Afirma o Agravante que a não-concessão da tutela antecipada irá causar prejuízos ao erário público, visto que a manutenção do contrato implicará em pagamento de despesas que dificilmente serão restituídas em caso de provimento final da tutela pleiteada.

O recurso é tempestivo e atendeu aos seus pressupostos legais. Tenho igualmente como presentes os pressupostos necessários para o processamento do presente recurso na modalidade de instrumento.

No entanto, a decisão agravada que, após também ouvir o Distrito Federal e ponderar ambas as argumentações trazidas pelas partes, indeferiu a antecipação da tutela, merece ser a princípio mantida.

Isto porque não se vislumbra a certeza do direito invocado, consoante bem salientou a r. decisão. Em que pesem as afirmações de violação à ordem jurídica interna, a certeza trazida para tanto baseia-se em decisão da Diretoria Colegiada da ADASA que apontou irregularidades técnicas e administrativas, questões que, dado o contexto em que se deram os atos administrativos, como tratar-se de contrato necessário à concretização do programa e ao empréstimo junto à instituição internacional, impõem análise acurada de cada uma das violações apontadas, o que contraria a existência do pressuposto necessário à concessão da tutela antecipada pleiteada.

Além disso, consoante a farta documentação constante dos autos e ao contrário do que alega o Agravante, a suspensão liminar do contrato implicará em grave prejuízo ao Distrito Federal, com possibilidade de irreversibilidade da medida, ante as conseqüências que da suspensão do contrato de gerenciamento poderão advir.

Como bem salientou a r. decisão ora combatida, a antecipação perseguida pelo MPDFT implicaria rescisão do contrato de empréstimo já concedido pelo Banco

Mundial, por inadimplência do Distrito Federal, com implicações onerosas, e outros efeitos em cascata, ambientais (descumprimento das condicionantes da licença de instalação do IBAMA para a implantação da Vila Estrutural pelo Distrito Federal, com sanções ao Distrito Federal pela manutenção do lixão da Estrutural e a não implementação do novo aterro sanitário) e financeiros (prejuízo de US\$ 3.993.434,98 (três milhões, novecentos e noventa e três mil, quatrocentos e trinta e quatro dólares e noventa e oito centavos de dólar) à conta de multas, juros e taxas administrativas referentes ao empréstimo já concertado e posto à disposição da Administração, além de prejuízos relativos aos investimentos já realizados na fase de preparação do programa para assinatura do contrato de empréstimo, no valor aproximado de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) e para a realização das obras, no importe de R\$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais).

E a possibilidade de ocorrência desses graves prejuízos, irreversíveis torna-se a dizer, conforme minuciosamente relatados pela decisão, mediante a suspensão liminar do contrato, estão devidamente demonstrados pelos documentos dos autos.

Assim corroborando, merece destaque a missiva do Diretor do Banco Mundial para assuntos da América Latina, por meio da qual externa sua preocupação e afirma que o cancelamento da contratação dos serviços de gerenciamento impede a implementação de todo o projeto.

Por outro lado, as regras do Banco Mundial trazidas aos autos pela documentação dão conta da rigorosa fiscalização pela instituição internacional, não só para a seleção e para a contratação, como também para a execução do contrato e para a utilização dos recursos oriundos do empréstimo, inclusive, com possibilidade de interrupção do contrato junto ao organismo internacional.

Dessa forma, em que pesem as apontadas irregularidades e violações à ordem jurídica interna, bem como a possibilidade de despesas com a execução do contrato, a concessão de tutela antecipada para a imediata suspensão do contrato de serviço de gerenciamento para o Programa Brasília Sustentável, a princípio parecendo seguir as determinações e normas impostas pelo Banco Mundial para a obtenção do empréstimo destinado a custear a concretização do aludido programa, não merece acolhida, ante as graves implicações que ocorreriam, as quais ratificam os fundamentos trazidos pelo Distrito Federal e acolhidos pela decisão, da existência de *periculum in mora* inverso.²⁶

Pela jurisprudência que acima se transcreveu percebe-se que grande é a dificuldade em se reconhecer o verdadeiro alcance de uma diretriz internacional e, assim, verificar sua compatibilidade com os princípios nacionais. Com efeito, ainda que o Administrador esteja ciente da não aplicação incondicional do permissivo do art. 42 §

²⁶ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento no Processo nº 2007.00.2.011489-5. Relatora Des. Maria Beatriz Parrilha, em 27 de setembro de 2007. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 24 de junho de 2008.

5º da LLC, é, para ele, tarefa bastante árdua o destrinchamento das *guidelines* a fim de retirar de seu texto todo seu conteúdo, perquirindo sobre os princípios a ele relacionados.

5. AS DIRETRIZES DOS ORGANISMOS MULTILATERAIS DE FINANCIAMENTO

Com o escopo de delimitar o objeto do presente estudo, apenas as contratações de consultores, que se diferem da aquisição de bens e contratação de obras, serão analisadas. Tomar-se-ão como parâmetros as diretrizes estipuladas tanto pelo BID (GN-2350-7, de Julho de 2006) quanto pelo Banco Mundial (Políticas de Maio de 2004) que, para o que aqui interessa, apresentam significativa similaridade.

Citando, pois, o que prevê a Introdução do Manual para a Contratação de Consultores disponibilizado pelo Banco Mundial, tem-se:

O objetivo destas Diretrizes é estabelecer as políticas e os procedimentos do banco a serem utilizados para a seleção, contratação e monitoramento de consultores demandados pelos projetos financiados, no todo ou em parte, pelo banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)...²⁷

Por sua vez, as Políticas do BID assim informam:

O propósito deste documento é definir e explicitar as políticas e os procedimentos a serem utilizados para seleção, contratação e supervisão de consultores necessários nos projetos financiados, no todo ou em parte, pelo Banco ou fundos administrados pelo banco e executados pelos Beneficiários.²⁸

É expresso e incontestável, de se ver, que as políticas descritas pelos Bancos são de observância obrigatória para seus mutuários, quando da contratação de consultores. Tal exigência faz cumprir o requisito do art. 42 §5º da Lei 8.666/93 que, como visto, condiciona a submissão brasileira aos procedimentos internacionais de

²⁷ BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 01 . Disponível em <www.worldbank.org>.

²⁸ BID. *Políticas para a Seleção e Seleção e Contratação de Consultores Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento*. GN-2350-7. Julho de 2006, p.01. Disponível em <www.iadb.org>.

licitação quando estes forem exigidos pelas instituições de crédito interessadas para a concessão do empréstimo.

Portanto, há já na Introdução das Diretrizes do Banco Mundial e das Políticas do BID a informação de que as mesmas terão utilização obrigatória nas contratações de que tratam. Não obstante, de todo necessário que o contrato a ser firmado entre financiador e mutuário disponha sobre tal exigência, de forma que reste formalizada a ciência e a concordância do ente brasileiro sobre a questão.

Ainda quanto aos aspectos introdutórios das diretrizes, destaca-se o conceito de Consultores adotado pelos organismos multilaterais de crédito. Com efeito, a expressão “consultores”, para os fins das Diretrizes, compreende ampla variedade de entidades públicas e privadas, inclusive empresas de consultoria de engenharia, empresas de gerenciamento de obras, agentes de compras, empresas de gerenciamento, inspetores, auditores, agências das Nações Unidas (ONU) e outras organizações multilaterais, bancos comerciais e de investimento, universidades, instituições de pesquisa, órgãos governamentais, organizações não governamentais (ONG) e pessoas físicas.

A diferença conceitual com o quê, pela Lei 8.666/93, se poderia considerar serviço de consultoria, já apresenta importante consequência em relação ao desenvolvimento da licitação, em especial no que se refere às regras quanto ao julgamento da melhor proposta, fundado ora no menor preço, ora na melhor técnica ou, ainda, na junção dos dois.

A lei brasileira reservou as licitações de melhor técnica e de técnica e preço para situações especialíssimas, aplicáveis por exceção, já que a regra é a licitação de menor preço. Realmente, de acordo com o art. 46 da LLC, os tipos excepcionais de licitação serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

O fato, pois, de os organismos multilaterais de crédito terem uma aceção bem mais ampla do que venham a ser serviços de consultores, implica na adoção de critérios de julgamento (melhor técnica, por exemplo) diversos em situações não aceitas pela lei brasileira. Não obstante, lá está o art. 42, §5º a permitir casos tais, o que demanda do administrador responsável pela contratação atenção redobrada quanto à possibilidade de uma mudança como esta, à primeira vista inofensiva, representar uma afronta a algum princípio constitucional.

Ao tecer considerações gerais, ainda no capítulo de Introdução das Diretrizes em comento, o Banco Mundial lista os princípios que lhe são caros, repetidos pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, a saber:

- a) necessidade de serviços de alta qualidade;
- b) necessidade de economia e eficiência;
- c) necessidade de proporcionar a todos os consultores qualificados a oportunidade de competir pelo fornecimento de serviços financiados pelo Banco;
- d) interesse do Banco em estimular o desenvolvimento e emprego de consultores nacionais de seus países membros em desenvolvimento; e
- e) necessidade de transparência no processo de seleção.

Logo mais, esclarece que o Banco considera que, na maioria dos casos, tais princípios podem ser alcançados mediante competição entre empresas qualificadas integrantes de uma lista-curta, cuja seleção seja baseada na qualidade da proposta e, onde apropriado, no preço dos serviços prestados. O método mais comumente recomendado é a Seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC), explicitada com detalhes na Seção II das Diretrizes.

Com exceção do estímulo ao desenvolvimento e emprego de consultores nacionais dos países membros em desenvolvimento, as demais considerações a

orientar a política do Banco Mundial, note-se, encontram perfeita consonância com os princípios consagrados constitucionalmente no Brasil, embora a elas não se limitem. Muito por isso, por tal identidade de orientação, o administrador responsável pela licitação com financiamento de organismo multilateral de crédito, acredite desnecessárias maiores divagações quanto à aplicação das diretrizes, crendo serem elas sempre compatíveis com as normas nacionais.

Não se pode olvidar, contudo, que as diferenças culturais existentes entre as mais diversas nações, ao impregnarem o intérprete de determinada norma, definirão seu sentido e alcance, fatalmente criando divergências substanciais.

Outro ponto bastante sensível para o BID e o BIRD é o relacionado ao Conflito de Interesses, assunto que merece capítulo especial nas *Guidelines*. Exige-se que os consultores forneçam um assessoramento profissional, objetivo e imparcial, evitando-se incompatibilidades e conflitos com outros serviços ou com os interesses de sua própria empresa. Nesse sentido, há expressa lista de situações inaceitáveis, por gerarem o mencionado conflito de interesses.

Nesta mesma linha de raciocínio, exigem os Bancos que os Mutuários, bem como os consultores contratados, observem os mais elevados padrões de ética no decorrer da seleção e execução dos contratos, sempre supervisionados pelo financiador.

Há ainda, dentre as regras introdutórias, curiosa possibilidade de o Mutuário realizar a contratação de consultores antes de firmado o acordo de empréstimo, recebendo posteriormente o auxílio do Banco. São casos excepcionais, chamados de Contratação Antecipada, que ocorrem em circunstâncias como as que visam acelerar a implementação do projeto. A peculiaridade está no fato de que nestas situações, os processos de seleção, inclusive a publicidade, deverão estar de acordo com os termos das Diretrizes/Políticas do Banco.

O Mutuário que optar pela contratação antecipada, fá-lo-á por sua conta e risco, não se comprometendo o Banco, apesar da “não-objeção” relativa a procedimentos, documentação ou proposta de outorga, a efetivar o empréstimo relativo ao projeto.

Entretanto, na hipótese de o contrato vir a ser assinado, o financiamento retroativo, admitido nos limites do ajustado no Acordo de Empréstimo, referir-se-á ao reembolso, pelo Banco, de pagamentos previstos contratualmente, já efetuados pelo Mutuário em virtude do contrato firmado antes da assinatura do empréstimo.

Em termos outros, verifica-se que o Mutuário que tenha urgência na execução de um projeto em vias de receber financiamento externo “deverá” valer-se das *guidelines* para, se e após a formalização do Contrato de Empréstimo, receber o reembolso necessário ao pagamento dos consultores já contratados.

Surge, então, inquietante dúvida: E se o mutuário, valendo-se das regras impostas pelo potencial Banco financiador, contrata empresa de consultoria e, depois, não formaliza o Acordo de Empréstimo? Como justificar a prevalência de normas alienígenas em detrimento das nacionais se o mútuo sequer foi concedido?

A situação é hipotética, mas não impossível de ocorrer. Com efeito, o Mutuário que estiver em tratativas com o Banco de Crédito, ciente desta regra externa, fatalmente pretenderá incluir a contratação emergencial no rol de despesas passíveis de financiamento. E, para tanto, organizará sua seleção em conformidade com as orientações das *guidelines*, seguindo todas as formalidades impostas pelo Banco, mormente as relacionadas com os critérios de julgamento da melhor proposta.

Ocorrendo de o Acordo de Empréstimo não ser levado a cabo e tendo já o Poder Público brasileiro realizado a contratação de consultores na forma do preconizado nas diretrizes internacionais, dificilmente se conseguirá salvar tal procedimento.

Com efeito, o primeiro empecilho é a regra explícita e literal do art. 42 §5º que determina, como condição para a adoção das políticas dos organismos multilaterais de

crédito, a efetiva exigência do financiador, para a concessão do mútuo, do preterimento dos procedimentos nacionais. Ou seja, a observância das *guidelines* deve ser determinante à concessão do empréstimo.

Se, como no caso em análise, não há mais que se falar em mútuo, por óbvio que não existe imposição alguma do organismo internacional, falecendo o administrador público de permissão legal para valer-se de regras estrangeiras.

Em segundo lugar, tem-se que o objetivo da norma insculpida no art. 42 §5º, como já se consignou anteriormente, é o de se abdicar de certas regras internas em razão de um benefício almejado pelo ente mutuário, qual seja, o empréstimo internacional. Uma vez que tal vantagem passa a não existir, que o contrato de mútuo não resta assinado, o fundamento em que a norma se ergueu deixa de existir e o permissivo não mais sustenta os atos do gestor público.

Isto considerado, percebe-se que do agente responsável pela licitação com financiamento internacional há que se exigir muito mais do que a cega aplicação das *guidelines*, sendo necessário que ele vislumbre, como aqui se fez, o alcance de seus atos e as possíveis conseqüências daí decorrentes.

Após a Introdução, as Diretrizes/Políticas mergulham no Método de Seleção Baseada na Qualidade e Custo (SBQC), discorrendo sobre suas etapas e regras. Como esse é o procedimento mais comum nas contratações financiadas, importante conhecê-lo, para, logo mais, compará-lo com a lei brasileira e seus princípios norteadores.

A Seleção Baseada na Qualidade e Custo - SBQC representa um processo competitivo entre empresas constantes de uma lista-curta, cujo critério de seleção baseia-se, como o próprio nome já informa, na qualidade da proposta e no custo do serviço. O peso relativo atribuído à qualidade e ao custo é fixado com critério, considerando-se sempre a natureza do serviço diante do caso concreto.

As etapas da SBQC são as seguintes:

- a) elaboração dos Termos de Referência (TDR);

- b) preparação da estimativa de custo e orçamento;
- c) publicidade;
- d) elaboração da lista-curta de consultores;
- e) elaboração e envio da Solicitação de Propostas (SDP) que deve incluir: Carta de Solicitação de Propostas (SDP); Instruções aos Consultores (IAC); os Termos de Referência e a minuta de contrato proposta;
- f) recebimento das propostas;
- g) avaliação das propostas técnicas: exame da qualidade;
- h) avaliação da proposta financeira;
- i) avaliação final da qualidade e custo; e
- j) negociações e outorga do contrato à empresa selecionada.

Cada uma dessas fases encontra explicações básicas quanto a suas características, sendo que as mais relevantes serão avaliadas no tópico seguinte.

Mais além, as Diretrizes listam os outros métodos de seleção, a saber: Seleção Baseada na Qualidade (SBQ), Seleção com Orçamento Fixo (SOF), Seleção pelo Menor Custo (SMC), Seleção baseada nas Qualificações do Consultor (SQC), Contratação Direta, práticas Comerciais, Seleção de Tipos Especiais de Consultores e Seleção de Consultores Individuais.

6. CONFORMAÇÃO ENTRE AS REGRAS PROCEDIMENTAIS ESTRANGEIRAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste tópico serão evidenciados alguns pontos do andamento de uma seleção de consultores que, dependendo da interpretação dada pelo gestor público, podem criar situações de desigualdade, limitação de competitividade ou ineficiência.

Com efeito, nota-se que as regras dos bancos internacionais de financiamento procuram apenas indicar o caminho a ser seguido, sem que desçam a detalhes, a pormenores. Ali, estão traçados os princípios a serem observados, cabendo a cada Mutuário aplicar a norma conforme sua interpretação, sob posterior fiscalização do Banco.

Exemplos não faltam. Veja-se o que dita o Banco Mundial a respeito da Planilha de Custos:

A elaboração de uma estimativa de custo cuidadosa é essencial para a distribuição realista de recursos alocados. A estimativa de custo tomará por base a avaliação do Mutuário sobre os recursos necessários ao empreendimento: tempo de pessoal, apoio logístico e insumos (p.ex. veículos e equipamento de laboratório). Os custos deverão ser classificados em duas categorias amplas: a) honorários ou remuneração (de acordo com o tipo de contrato), e b) despesas reembolsáveis. Deverão, ainda, ser classificados em despesas no exterior ou locais. O custo do tempo de pessoal será calculado em bases realistas tanto para pessoal estrangeiro como nacional.²⁹

Bastante sucinta, percebe-se, a recomendação exarada pelo Banco, deixando ao talante do Mutuário a maneira como será confeccionado o orçamento. Ora, sabe-se que pelas regras brasileiras toda e qualquer licitação para contratação de serviços dependerá da elaboração de orçamento detalhado em planilhas que expressem a

²⁹ BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 15. Disponível em <www.worldbank.org>.

composição de todos os seus custos unitários, conforme dicção do art. 7º, §2º, II da Lei 8.666/93.

Da mesma forma, imperioso que os valores consignados no orçamento estejam coerentes com aqueles praticados no mercado e na própria Administração Pública, sendo dever do gestor público atestar sua compatibilidade, pesquisando sua fonte. Isto porque é inconcebível, ante o princípio da maior vantajosidade pública, a aquisição ou contratação de produtos ou serviços superfaturados, com preços que não refletem seu verdadeiro custo.

Assim, indaga-se: basta ao Administrador confeccionar a estimativa de custos considerando apenas as recomendações das Diretrizes do Banco ou deve ele, ciente de tais orientações, considerá-las ao tempo em que aplica as regras nacionais? Em casos assim, teria o já citado permissivo do art. 42 §5º dispensado o gestor público da utilização das estipulações brasileiras?

De fácil percepção, colocada a discussão nesses termos, que a aplicação das orientações estrangeiras não impede a observância daquilo que a Lei de Licitações e Contratos apregoa para seus procedimentos regulares. É, pois, perfeitamente possível conformar uns e outros, bastando ao administrador público compreender a existência desse espaço para interpretação.

Encontrando, pois, nas *guidelines*, recomendações que apenas demonstram a preocupação estrangeira em defender determinado princípio, o gestor público, assim que o identificar, procurará dar-lhe concretude da forma como o ordenamento pátrio estabelece.

Significa dizer que, ao reconhecer a necessidade de se confeccionar uma planilha realista e cuidadosa, o responsável pela licitação envidará esforços para elaborá-la com a maior riqueza de detalhes possível, precisamente como lhe é imposto pela legislação brasileira.

Agindo com tal zelo, certamente os organismos internacionais verificariam a seriedade do procedimento adotado, ao passo que se estaria observando a maneira adequada, estabelecida pelo poder constituinte competente, de se prestar maior efetividade ao princípio administrativo informador da regra em comento.

O mesmo pode ser questionado quanto à publicidade da licitação. Conforme orientação tanto do Banco Mundial ³⁰ quanto do BID³¹, cabe ao Mutuário promover a divulgação da seleção em jornal de circulação nacional em seu país, ou no diário oficial nacional, ou em um portal eletrônico de acesso gratuito. A conjunção utilizada pelos financiadores é “ou” e, não, “e”, de modo que há alternativa para o Mutuário, podendo ele optar por valer-se de apenas um tipo de publicação.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, por sua vez, reza em seu art. 21 que os avisos de licitação devem ser publicados, no mínimo, no Diário Oficial da União ou do Estado ou Distrito Federal, conforme o caso e em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, também no Município. Impõe-se à Administração, ainda, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Desse modo, poderia a licitação, com fundamento no art. 42 §5º da LLC, ser publicada exclusivamente em um sítio eletrônico de acesso gratuito?

Por certo que não, sob pena de inconcebível afronta ao princípio constitucional da publicidade. Ora, o fato de o organismo internacional ter regras mais flexíveis ou mais abertas não pode ser considerado como justificativa para o afastamento daquilo que o ordenamento pátrio elegeu ser fundamental, conforme já se expôs nos primeiros tópicos.

Se a publicidade é essencial em uma licitação, seja para garantir a mais ampla competição, seja para dar transparência ao procedimento, a utilização de um meio de

³⁰ BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 16 . Disponível em <www.worldbank.org>.

³¹ BID. *Políticas para a Seleção e Seleção e Contratação de Consultores Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento*. GN-2350-7. Julho de 2006, p.12. Disponível em <www.iadb.org>.

divulgação distante da realidade do país fatalmente restringirá seu alcance. Tal resultado, arrisca-se a afirmar, não só deve ser evitado pelo administrador brasileiro, como também não é o pretendido pelo financiador.

Com efeito, as regras dos organismos multilaterais de crédito têm como destinatária uma vasta gama de países diferentes, com cultura e ordenamentos jurídicos próprios. Por isso, nada mais natural que uma orientação capaz de atingir determinado objetivo em um local não o seja em outro, merecendo ampla conformação.

Portanto, apresenta-se como única atitude possível ao administrador brasileiro a publicação dos avisos e editais, no mínimo, da forma como usual no país, de modo que a regra em questão deve ser compreendida simplesmente como ratificadora do princípio da publicidade.

De se ter que, mais uma vez, as *guidelines* vão aquém do que a norma nacional exige, sendo certo que a observância da legislação pátria não contraria a orientação dos agentes financiadores.

Outra observação prática, agora ainda mais perigosa, relaciona-se com a metodologia da “lista curta” utilizada pelos Bancos. Pelo que informam tanto o Banco Mundial quanto o BID, os princípios que orientam a contratação de consultores podem ser alcançados por meio de competição entre empresas que compõem uma lista-curta. Referida lista, encontra-se assim disciplinada no item 2.6 das Diretrizes do Banco Mundial:

Compete ao Mutuário a responsabilidade pela elaboração da lista curta, devendo considerar, preferencialmente, as empresas que hajam manifestado interesse e possuam as qualificações necessárias. As listas curtas deverão compreender seis empresas representativas de uma considerável amplitude geográfica, com o máximo duas empresas de um mesmo país e, pelo menos uma de um país em desenvolvimento, a menos que empresas qualificadas oriundas de países em desenvolvimento não tenham sido identificadas. O Banco poderá aceitar listas curtas compreendendo um menor número de empresas em circunstâncias especiais, como, por exemplo, quando somente umas poucas empresas qualificadas tenham manifestado interesse por um serviço específico ou quando o tamanho do contrato não justificar uma

competição mais ampla. Visando a elaboração da lista curta, a nacionalidade da empresa é a do país no qual foi constituída ou registrada, e no caso de consórcios, a nacionalidade da empresa indicada para representá-los. O Banco poderá concordar com o Mutuário quanto à ampliação ou redução da lista curta. No entanto, é vedado ao Mutuário proceder a acréscimo ou reduções à lista curta após a correspondente “não-objeção” do Banco, salvo com a aprovação deste. Todas as empresas que manifestarem interesse na obtenção da lista curta final deverão solicitá-la ao Mutuário, que providenciará a entrega sem restrições.³²

Uma vez que o mutuário elabore a lista curta e a submeta à “não objeção” do Banco, somente as empresas que ali constarem receberão a “Solicitação de Propostas”, ou seja, estarão aptas a apresentar suas propostas para o serviço.

O problema, então, surge ante a evidência de que a lista curta restringe o número de participantes, possibilitando a ocorrência de uma indesejável afronta ao princípio da isonomia e da ampla competitividade.

Com efeito, não há nas Diretrizes regras detalhadas sobre a composição da lista curta quando forem encontradas mais do que duas empresas de um determinado país com qualidade compatível com o serviço licitado. Em outros termos, inexistem critérios definidos para a exclusão/inclusão de uma determinada empresa na lista curta.

Para o Banco financiador, portanto, parece irrelevante o método utilizado pelo Mutuário para a escolha das empresas passíveis de participar da competição, bastando que a lista curta apresente a composição que as Diretrizes determinam, ou seja, que represente uma considerável amplitude geográfica e que seus componentes possuam as qualificações necessárias.

Como a elaboração de uma lista curta de empresas passíveis de serem “convidadas” a apresentar propostas não encontra similaridade na lei brasileira, o responsável pela licitação precisa retirar da regra estrangeira todo seu alcance, compatibilizando-o com os princípios básicos da licitação.

³² BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 16-17. Disponível em <www.worldbank.org>.

Se, ao contrário, limitar-se o gestor público a escolher algumas possíveis licitantes, não explicitando as razões de sua decisão, com a indicação dos critérios objetivos que serviram de base para a exclusão dos demais interessados, fatalmente estará afrontando os princípios indispensáveis a uma regular seleção. No mínimo, afasta-se a isonomia entre os participantes, restringe-se a saudável competição dos licitantes, olvida-se do julgamento objetivo e ignora-se a imprescindível transparência dos atos administrativos.

Assim, espera-se do responsável pela licitação, quando da elaboração da necessária lista curta, a compreensão de que ela não pode significar preferências subjetivas injustificáveis, tampouco limitações indesejadas à competição. Ou seja, ainda que nada exija o organismo financiador, é dever do administrador tomar todas as cautelas para que a formação da lista curta reflita verdadeiro julgamento objetivo das licitantes, com a prévia e imprescindível publicidade dos critérios de avaliação.

Somente dispondo, na elaboração da lista curta, de justificativa objetiva, transparente e densa, a Administração conseguirá seguir o procedimento exigido pelas *guidelines* sem, todavia, ferir de morte os princípios constitucionais.

No que se refere à Comissão de Licitação, os Bancos prevêm que os envelopes técnicos serão abertos imediatamente por “comissão formada por funcionários dos departamentos competentes (técnico, financeiro, jurídico, conforme o caso), após o encerramento do prazo de entrega das propostas.”³³ Após, ao tratarem da avaliação da Qualidade, assim rezam os órgãos financiadores: “O Mutuário avaliará cada proposta técnica (mediante comitê de avaliação composto de três ou mais especialistas do setor) com base em diversos critérios...”³⁴

Vê-se, ante a utilização do termo “comissão” e, posteriormente, do “comitê”, que não há rigor técnico na tradução das *guidelines*, o que pode levar o administrador público a confundir-se. Parece ser, no entanto, evidente que se tratam do mesmo

³³ BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 20. Disponível em <www.worldbank.org>.

³⁴ *Ibid*, p.21

grupo, da mesma comissão, criada especificamente, e com fundamento na capacidade técnica dos membros, para o julgamento da seleção em andamento. Ou seja, não se dispensa, nas contratações guiadas pelos organismos multilaterais de crédito, da formalidade brasileira de designação de uma Comissão de Licitação.

Um outro ponto que merece destaque é o relacionado aos pedidos de esclarecimentos. Isto porque os Bancos apenas consignam o seguinte:

Na publicação da adjudicação do contrato referida no parágrafo 2.28, o Mutuário deverá especificar que qualquer consultor que deseje conhecer os motivos pelos quais sua proposta não tenha sido selecionada poderá solicitar esclarecimentos ao Mutuário. O Mutuário deverá prontamente fornecer as explicações por que tal proposta não foi selecionada, por escrito e/ou em reunião de esclarecimentos, à escolha do consultor. O consultor solicitante deverá arcar com todos os custos para participar de tal reunião.³⁵

Ora, certamente que o pedido de esclarecimentos poderá vir acompanhado da solicitação de revisão, de modificação do resultado, sob pena de ser absolutamente ineficaz. Não obstante, as singelas colocações dos Bancos, acima transcritas, não revelam tal alcance, permitindo uma concepção equivocada do Administrador.

Não basta conceder ao licitante o direito de conhecer as razões de sua exclusão, de preterimento de sua proposta. É consectário lógico da garantia da ampla defesa, do devido processo legal, a possibilidade de que a argumentação da parte “sucumbente” seja capaz de alterar a decisão administrativa, caso sejam reconhecidos seus motivos.

Portanto, a previsão de “esclarecimentos” nas *guidelines* há que ser compreendida como verdadeira abertura ao sistema de recursos insculpidos na lei brasileira, com todo o seu alcance.

Com esses poucos exemplos práticos, já plenamente possível perceber que o administrador não pode cega e simplesmente submeter-se às Diretrizes internacionais,

³⁵ BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004, p. 26-27. Disponível em <www.worldbank.org>.

sob pena de, por vezes, ofender aos princípios pátrios consagrados na Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

Ao administrador responsável pela licitação, deparando-se com normas estrangeiras abertas, imprecisas ou exageradamente concisas, será imprescindível tomar uma postura ativa, interpretando as *guidelines* à luz da Lei 8.666 de 1993 e, certamente, dos princípios que lhe são correlatos.

Com efeito, somente com uma atuação crítica o responsável pela seleção pública será capaz de, por exemplo, dar concretude ao princípio da publicidade, da forma como o ordenamento brasileiro almeja, quando a orientação do financiador for de tal forma singela que apenas revele uma preocupação com a divulgação dos editais, deixando ao talante do mutuário a definição de prazos, formas e conteúdo.

Em outros termos, pretendeu-se demonstrar no presente trabalho que o alcance da regra insculpida no já tão citado art. 42, § 5º, da Lei 8666/93 vai muito além da certeza de que os princípios constitucionais brasileiros, muitos deles repetidos na lei ordinária das licitações, devem ser observados pelos agentes financiadores externos, não se limitando a restrição apenas ao princípio do julgamento objetivo. É preciso que ao valer-se das diretrizes e políticas dos Bancos de Crédito o Administrador atue com olhar crítico e interpretativo, deixando de lado o proceder passivo a que ficou acostumado. Apenas assim será possível identificar pontos nodais onde, efetivamente, dormita uma afronta aos princípios brasileiros, em especial aos da isonomia e da ampla competitividade.

Realmente, como acima se verificou, geralmente as *guidelines*, por si sós, não ofendem o ordenamento jurídico nacional, mas sim a "interpretação" que costumeiramente alguns agentes públicos conferem a essas normas, maculando a competitividade do certame, e por consectário lógico atingindo de morte os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

Sendo assim, se das *guidelines* podem ser extraídas várias interpretações deve-se optar por aquela que guarde sintonia com os princípios constitucionais, e não

aquela que vai restringir, amesquinhar ou mesmo frustrar a competição – finalidade primeira de um procedimento licitatório.

E mais. Ao deparar-se com regras vagas, imprecisas, o administrador público há que encontrar, nelas, o princípio que as orientam, aquilo que o organismo estrangeiro visa proteger. De posse de tal informação, a interpretação a ser feita restará bastante facilitada, vez que todo o ordenamento pátrio estará à disposição do gestor para dar concretude ao princípio, como também almeja nossa Constituição.

Dessarte, a solução parece emergir da interpretação dada pelo gestor público, que verificando a possível e potencial afronta da regra internacional com um princípio brasileiro, deverá afastá-la ou complementá-la, nos moldes do que orienta o ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação de regras distintas das consagradas na Lei 8.666/93 não significa substituir um procedimento objetivo pela discricionariedade administrativa, sendo inadmissível, a pretexto de se tratar de licitação com recursos internacionais, a Administração deliberadamente imprimir ao procedimento um curso errático que o conduza para fora das normas nacionais.

Necessária se faz, portanto, uma interpretação sistemática a ser levada a efeito pelo agente público. Interpretação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista a solução dos casos concretos, em especial aqueles que demandam uma complementação pelo administrador.

Resta claro, portanto, que se uma norma-regra (ex. *Guidelines*) for de encontro a qualquer norma-princípio (ex. isonomia, competitividade, impessoalidade, julgamento objetivo, legalidade) que deva observar a Administração Pública, inclusive nos procedimentos licitatórios, esta prevalecerá sobre aquela. Lembrando-se que uma regra não há como ser utilizada isoladamente, devendo-se sempre aplicar todo o Direito, de

modo que não se pode trazer à tona o § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 de forma exclusiva.

Tudo o que neste trabalho se discutiu evidenciou o importantíssimo papel que devem desempenhar os administradores públicos quando da elaboração de licitações com financiamento feito por organismos multilaterais de crédito, sob o permissivo do art. 42, § 5º da Lei 8.666/93. Com efeito, há que se exigir da Administração Pública um olhar sempre crítico e interpretativo sobre as *guidelines*, que ao tempo que reconheça a necessidade de utilizá-las, tenha a certeza de que são os princípios que as cercam os orientadores de sua atuação.

BIBLIOGRAFIA

- BANCO MUNDIAL. *Diretrizes – Seleção e Contratação de Consultores pelos Mutuários do Banco Mundial*. Maio de 2004. Disponível em <www.worldbank.org>.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BID. Políticas para a Seleção e Seleção e Contratação de Consultores Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. GN-2350-7. Julho de 2006. Disponível em <www.iadb.org>.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais.- São Paulo: RT, 2005.
- BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 22 de junho de 1993.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1640/2002 – Plenário. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em 24 de abril de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, rel. Ministro Celso de Mello. Decisão 4.9.97. DJ 18.5.01
- BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento no Processo nº 2007.00.2.011489-5. Relatora Des. Maria Beatriz Parrilha, em 27 de setembro de 2007. Disponível em <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 24 de junho de 2008.
- CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. 3.ed., São Paulo: Max Limonad,1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*, 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'ana. Licitação Internacional: Normas Nacionais x Normas estrangeiras, uma visão constitucional. *L&C – Revista de Direito e Administração Pública*. Ano VI – nº 62. 2003.

POZZO, Antônio Araldo Ferraz dal; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Projetos financiados por organismos internacionais em concorrências públicas – limites constitucionais e legais de suas diretrizes (guidelines). *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, nº 106, dezembro de 2002.

SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos a Prestações Positivas e Igualdade*. São Paulo: LTR Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.