

## **POR UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

*FOR A REVISION OF THE PRINCIPLE OF THE ADVANTAGEOUS IN THE  
BRAZILIAN LAW*

**Thiago Pereira de Freitas<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1. Para uma revisão do Princípio da Vantajosidade; 2. O Princípio da nova Vantajosidade não ofende o Princípio da Isonomia; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

### **RESUMO**

Buscou-se recuperar com este artigo o debate sobre a necessidade de revisão dos princípios jurídicos que informam as contratações públicas, a fim de que a vantajosidade e a isonomia sejam concebidos à luz da sustentabilidade. Pretende-se contribuir para uma mudança de paradigma na forma de compreender o papel desempenhado pela maior vantajosidade no procedimento licitatório, de forma que a melhor opção de aquisição para a administração pública não se resuma à busca pelo menor preço, mas que seja informada pela máxima realização da sustentabilidade. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, o Método utilizado foi o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Contratação Pública Sustentável; sustentabilidade; princípio da vantajosidade

### **ABSTRACT**

This article aimed to return to the debate concerning the revision of the classic bids and contracts principles of the advantageous and equality compared to the vision of sustainability with the aim to contribute to the paradigm change that

---

<sup>1</sup> Mestre em Derecho Ambiental e de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante e em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Advogado e Auditor Interno do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Email: thiagopfreitas@gmail.com

not all the times the lowest price is the best option for the acquisitions of the public administration. Concerning methodology in the fase of investigation the inductive method was used, in the fase of treating the data the Cartesian was the one chosen and in the report of the research the method was the inductive. There was used the techniques of the referent, the category, the operational concept and the bibliographical research.

**Keywords:** Sustainable public contracting; sustainability; principle of the advantageous

## **1. PARA UMA REVISÃO DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE**

O art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 (a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas no Brasil) preceitua que a licitação se presta para garantir a observância do princípio constitucional da igualdade e visa, também, a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública além de promover o desenvolvimento nacional sustentável<sup>2</sup>. Ato contínuo enuncia diversos princípios que devem ser norteadores no processamento e julgamento do procedimento licitatório, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Diante da opção de obter-se a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, serão apresentadas algumas conceituações de licitação oriundas de juristas renomados, que reconhecem, sem exceções, a proposta mais vantajosa como objetivo do procedimento licitatório.

Para o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello licitação "é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa<sup>3</sup>".

---

<sup>2</sup> Os termos "desenvolvimento sustentável" foram incluídos na Lei nº 8.666 de 1993 pela Lei nº 12.349 de 2010 que converteu em Lei a Medida Provisória nº 495 de 2010.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 455.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Hely Lopes Meirelles leciona que “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse<sup>4</sup>”.

Odete Medauar aduz que no ordenamento jurídico brasileiro a licitação é o “procedimento administrativo em que a sucessão de fases e atos leva a indicação de quem vai celebrar o contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar [...] por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público<sup>5</sup>”.

Já Diógenes Gasparini conceitua a licitação “como o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona [...] a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse<sup>6</sup>”.

Nota-se que as conceituações de licitação de vários dos mais renomados juristas pátrios contemplam a figura da proposta mais vantajosa como estando intrinsecamente relacionada com a licitação pública.

Ainda sobre a vantajosidade, faz-se necessário transcrever trecho elucidativo em que Diógenes Gasparini faz alusão ao tema da melhor proposta:

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, é, quase sempre obrigatórias, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar em outras tantas a licitação é para eles inexigível ou mesmo vedada<sup>7</sup>).

Marçal Justen Filho, por sua vez, assim conceitua o princípio da vantajosidade:

---

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo** Brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.254

<sup>5</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

<sup>6</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 376.

<sup>7</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p 375

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração<sup>8</sup>.

Ao arremate faz-se mister apresentar a lição de Marçal Justen Filho citada abaixo, que traz a vantajosidade como uma espécie de desdobramento do princípio da República. Na verdade, o que legislador quis fazer quanto incluiu a vantajosidade dentre dos objetivos da licitação foi, por meio do processo licitatório, aliar os fatores qualidade e preço para obter uma boa contratação, tendo em vista que a atuação da Administração Pública tem que se pautar pela busca da satisfação do interesse público, que é, via de regra, supra-individual<sup>9</sup>.

Pode-se dizer que a vantajosidade abrange a economicidade, mas não se limita a ela, pois transcende a órbita meramente econômica para, como se observa acima, abarcar um conceito mais amplo relacionado com a melhor opção para suprir os interesses supra-individuais (econômicos ou não).

Jessé Torres Pereira Júnior tem entendimento semelhante, qual seja:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-lo por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por

---

<sup>8</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 63

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 63.

desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa [...]10.

A economicidade, por seu turno, está intimamente conectada com uma relação de bens escassos confrontada com uma demanda sempre crescente. Trazendo isso para a realidade das licitações públicas temos que, dada a limitação fática dos recursos públicos, em face de uma demanda praticamente infinita por serviços públicos os administradores devem buscar sempre a otimização dos resultados econômicos com ênfase no fator na minimização dos custos sem comprometer os padrões de qualidade, mas, ao mesmo tempo, não tem com está última seu maior compromisso<sup>11</sup>.

Em suma, os autores mencionados não divergem muito sobre o princípio da vantajosidade estar intimamente relacionado com a aquisição de produtos e serviços de maior qualidade pagando o menor preço possível, desde que a aquisição estiver norteada pelo princípio do interesse público.

Há de se ressaltar que todas estas definições foram elaboradas numa época (não muito longínqua diga-se de passagem) em que o debate acadêmico e social a respeito da sustentabilidade não tinha tanta ressonância quanto na atualidade.

Os autores não adentravam muito a fundo na análise do tema referente ao princípio da sustentabilidade. Não raro se limitavam a dizer que ela transcendia a mera economicidade e que a compra mais vantajosa estava ligada à compra de produto de maior qualidade pelo menor preço observado o interesse público.

O problema da doutrina era o de não abordar nenhum tipo de critério mais objetivo para definir o que era a "melhor compra" bem como não mencionavam nenhum critério referente à sustentabilidade (ambiental, social ou econômico).

---

<sup>10</sup>PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 60.

<sup>11</sup>Performance audit manual/ Brazilian Court of Audit. -- Brasília : TCU, Secretariat of Oversight and Evaluation of Government Programs (SEPROG), 2010 Disponível em: <.http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDFhttp://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDF> Acesso em: 07 de maio de 2013.

Pois bem, feita a ressalva de que a doutrina apresentada não teve muito contato com a legislação sustentável é imperioso desenvolver uma linha teórica que transcenda a velha concepção de vantajosidade para incluir critérios relacionados com o princípio da sustentabilidade.

No caso da legislação brasileira referente às contratações públicas sustentáveis, não há menção expressa quanto à utilização do princípio da sustentabilidade, mas, sim, a um dos seus mais importantes desdobramentos, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Passa-se então a expor as recentes inovações legislativas no direito brasileiro que abordam o princípio do desenvolvimento sustentável com o objetivo de, ao final deste item, propor uma nova abordagem do conceito do princípio da vantajosidade à luz do princípio da sustentabilidade.

O art. 1º da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que foi o resultado da conversão em lei da Medida Provisória nº 495 de 19 de julho de 2010, introduziu no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o princípio do desenvolvimento sustentável como um das finalidades da licitação.

Quanto ao desenvolvimento sustentável ser uma finalidade da licitação já tratamos no item 3.2 que trata-se de um erro por parte do legislador, tendo em vista que ela é uma finalidade da contratação pública. Mas é importante salientar que a despeito dessa falha técnica tal legislação aponta o ponto de inflexão da mentalidade do legislador brasileiro no que tange a explicitar de forma concreta e incisiva a sua vontade de trazer o paradigma da sustentabilidade para a realidade da Administração Pública no Brasil.

Havia sim, no passado, é claro, dispositivos da Constituição que denotavam um compromisso, muitas vezes menos incisivo do que deveria ser, com o princípio da sustentabilidade (e seus respectivos desdobramentos como o desenvolvimento sustentável, a proteção às microempresas, a precaução, etc.).

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Não bastasse o legislador ter incluído o supramencionado dispositivo à legislação geral que trata das licitações e contratações públicas no Brasil, ele não olvidou de o fazer também em outras legislações que são afetas à temática.

Há alguns anos atrás o Brasil foi escolhido para sediar a Copa das Confederações FIFA em 2013; a Copa do Mundo FIFA de 2014; e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

Em virtude de uma decisão política e com os objetivos de melhorar a eficiência; ampliar a competitividade; promover a troca de experiências e de tecnologias com o intuito de buscar uma melhor relação custo benefício; incentivar a inovação tecnológica; assegurar tratamento isonômico e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública<sup>12</sup> foi editada a Medida Provisória nº 527 de 18 de março de 2011 –posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.462 de 4 de agosto de 2011— que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do **desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo<sup>13</sup> (grifo nosso).

Outro diploma legal relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e que contempla uma aplicação do princípio da sustentabilidade que é importante salientar é a Lei nº 12.305/10, que versa sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Esta Lei cita o termo sustentável em três oportunidades. Na primeira delas estabelece que a gestão integrada de resíduos sólidos deve observar, dentre outros fatores, o princípio do desenvolvimento sustentável; a segunda assevera que o desenvolvimento sustentável é um dos princípios da Política

---

<sup>12</sup> BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2ª ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 104.

<sup>13</sup> BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2ª ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 105.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Nacional de Resíduos Sólidos; a última delas estimula a rotulagem e o consumo sustentável<sup>14</sup>.

Do exposto, nota-se que nos últimos três anos houve um avanço muito grande na legitimação, por via legislativa, do princípio da sustentabilidade (ou seus desdobramentos) na ordem jurídica nacional.

Mas como seria então um exemplo de contratação pública sustentável, tendo em vista uma releitura do princípio da vantajosidade sob a ótica e a influência do princípio da sustentabilidade?

Em termos práticos pode citar o exemplo da construção de um edifício para albergar três entidades estatais. A primeira delas tem como objetivo fomentar as atividades das microempresas e das empresas de pequeno porte. Há também uma agência reguladora que visa a defender a livre concorrência. Por fim a terceira dela é uma Fundação de Proteção ao Meio Ambiente.

Esse prédio foi construído em uma área que estava a sofrer riscos ambientais e sociais muito grandes. Apesar de estar bem conectado com o serviço de transporte público o terreno, que não estava sendo utilizado pela Administração Pública, era um foco de doenças, tendo em vista que a única empresa de remoção de lixo hospitalar da cidade e diversas outras de recolhimento de entulho lançavam clandestinamente no período noturno os seus resíduos no referido terreno. Soma-se a esta questão ambiental o fato de que diversas pessoas estavam remexendo os resíduos em busca de algo que pudessem vender para auferir uma pequena renda, não raro adquirindo doenças graves e que o respectivo tratamento de saúde era muito caro para os cofres públicos.

Pois bem, a solução sustentável para a resolução desse caso hipotético seria fazer o devido recolhimento dos resíduos e enviá-los para um local adequado para recebê-los. No que tange à licitação para a construção do novo edifício, tanto o projeto básico quanto o projeto executivo devem contemplar aspectos

---

<sup>14</sup>BRASIL. **Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)> Acesso em: 07 de maio de 2013.

que levem em conta tanto os custos diretos como os indiretos, por exemplo, de nada adianta fazer um telhado muito barato, mas que seja feito de um material que não garanta o isolamento térmico, visto que os gastos posteriores com refrigeração e calefação seriam enormes. Também é salutar incluir um sistema de aproveitamento solar e da água da chuva, dentre muitos outros aspectos técnicos.

Depois da construção do prédio aquela área começou a desenvolver uma atividade comercial muito grande em virtude da grande quantidade de pessoas que foram trabalhar naquelas entidades estatais, gerando, assim diversos empregos diretos e indiretos. Foram construídas também no mesmo terreno algumas praças que são usadas todos os dias pela comunidade para atividades culturais e de lazer.

E para finalizar a agência de proteção à livre concorrência que foi aberta naquele edifício descobriu que a empresa de remoção de lixo hospitalar era a única da cidade, pois praticava *dumping*. É notório que uma parte substancial do custo que uma empresa desse ramo de atividade tem está ligado com as despesas para o devido descarte dos resíduos em local adequado. Como a empresa não tinha esse custo, já que lançava o lixo hospitalar no terreno público, todas as outras empresas do ramo da região foram à falência. Mediante a atividade fiscalizatória da agência reguladora foi detectada a prática de *dumping* e a empresa foi autuada e, posteriormente, multada. Teve ela, então, que sair do mercado, o que acabou por abrir espaço para novas empresas que, com a eficiente atividade regulatória, começaram a trabalhar conforme os requisitos da legislação, ou seja, depositavam os resíduos em locais adequados.

Como se pode notar no exemplo hipotético apresentado acima, uma solução sustentável não pode contemplar apenas uma das dimensões do princípio da sustentabilidade, mas todas as três. Tem que se observar sim a questão ambiental (economia de água e energia, utilização de materiais em que o descarte seja mais ecológico, utilização de produtos não poluentes, etc.), todavia os aspectos referentes à dimensão social (criação de emprego, mobilidade urbana, fomento de atividades culturais, etc.) e também à econômica (proteção

da livre concorrência, livre iniciativa, regulação dos mercados, equilíbrio orçamentário etc.) devem ser implementados também. Uma das características mais importantes do princípio da sustentabilidade é a capacidade que ele tem de gerar sinergias entre as três dimensões com o objetivo de tentar chegar a um estado de homeostase. Caso seja implementada uma determinada compra para resolver um problema e esta só levar em conta uma das dimensões do princípio da sustentabilidade não pode ser considerada sustentável e muito provavelmente vá enfrentar problemas no futuro.

Uma compra sustentável tem que vislumbrar o projeto como um todo e levar em conta tanto seus custos diretos como também os indiretos. A contratação pública sustentável não se preocupa apenas com o presente, mas está, também, com o olhar no futuro. De que adianta comprar por um preço relativamente baixo um produto que tem um custo enorme de descarte? É sustentável comprar de uma empresa que vende seu produto a preços muito baixos, mas que emprega mão-de-obra escrava? Qual é a vantagem de adquirir produtos de uma empresa que até vende o produto, inicialmente, com preços muito baixos, mas que, por isso, acaba com concorrência na região e, como fornecedora exclusiva começa a cobrar preços muito altos por não ter nenhuma empresa que possa competir com ela?

Ante o exposto é forçoso concordar com o posicionamento do administrativista Juarez Freitas sobre como deve ser considerada a proposta mais vantajosa (o que se pode denominar também de vantajosidade sustentável à luz da revisão que se propõe neste artigo) pela Administração Pública e de como se devem ser avaliados custos diretos e indiretos nas contratações públicas:

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, força assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresenta-se a mais apta a causar, direta ou indiretamente o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Por esse prisma, o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante do princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função

dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa<sup>15</sup>.

Em suma, o que se quis demonstrar com os argumentos acima expostos foi que o princípio da vantajosidade deve ser repensado à luz do princípio da sustentabilidade, ou seja, não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para pensar a vantajosidade ligada única e tão somente ao preço mais baixo. Há que se levar em conta outras situações que possam impactar nas contratações públicas e, também, a que se considerar vantagens, principalmente de ordem social e ambiental.

## **2. O PRINCÍPIO DA NOVA VANTAJOSIDADE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Todavia, numa mirada superficial, pode-se opor uma restrição à aplicação da nova vantajosidade (a feita moldes da sustentabilidade) se se considerar uma interpretação literal e atécnica do art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que discorre sobre o princípio da igualdade nas licitações, *in verbis*:

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

---

<sup>15</sup> FREITAS, Juarez. **Princípio da Sustentabilidade**: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz nº 38, jul-dez 2012, p. 78.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>16</sup>.

Pois bem, o dispositivo constitucional acima mencionado expressa o princípio da igualdade para os participantes nas licitações públicas. Há que se apresentar, contudo, algumas fatores que condicionaram a redação do dispositivo à época.

A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como analítica ou dirigente<sup>17</sup>, ou seja, ela dispõe de forma bastante detalhada os fins e os programas de governo que devem ser realizados pelo Estado.

Além disso, o Brasil tinha acabado de sair de um regime militar em que os direitos da população, principalmente os fundamentais, foram sobremaneira tolhidos, dessa forma, o poder constituinte originário optou por tentar garantir, por meio da inclusão de diversos dispositivos no texto constitucional, a observância de vários preceitos que tinham como objetivo dar consistência aos direitos fundamentais e também à Administração Pública. No caso desta última foi estabelecida uma grande gama de dispositivos (Capítulo VII que contempla os artigos 37 a 43) com o intuito de regular detalhadamente o funcionamento da Administração.

Outra característica do regime constitucional anterior ao da Constituição Federal de 1988 foi a falta de transparência. Era muito difícil obter informações no serviço público.

E foi sob este panorama, em apertada síntese, que o legislador constitucional estava inserto à época da elaboração da nossa atual Carta Republicana. Influenciado por esses fatos e com o intuito de legitimar ou intensificar sua aplicação (por via legislativa) novos paradigmas na Administração Pública (notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e posteriormente o da eficiência) que foi dada a redação do art. 37, XXI .

---

<sup>16</sup>BOSELLI, Felipe. BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2ª ed. Florianópolis: Caput, 2012, p. 14.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.8.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Em virtude dessa inspiração oriunda na nova Constituição, no ano de 1993 foi editada a Lei Geral de Licitações que em seu ar. 3º caput também prevê a aplicação do princípio da isonomia<sup>18</sup>.

Face à situação fática acima apresentada, como o objetivo de situar o leitor quanto à situação histórica e jurídica que o Brasil vivia à época da edição da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/93 que trata de licitações e contratos administrativos, passar-se-á a uma exposição teórica acerca do princípio da igualdade para o final do presente item avaliar se a nova vantajosidade, repita-se a vantajosidade sustentável, é compatível ou não com o princípio da igualdade.

Em discurso proferido para os formandos da faculdade de direito de São Paulo Rui Barbosa conceituou assim o princípio da igualdade: "a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam<sup>19</sup>", ou seja, trouxe à doutrina jurídica brasileira uma repaginação do conceito de igualdade em Aristóteles.

Marçal Justen Filho assim se reporta acerca do princípio da igualdade:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, esta efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, esta introduzindo tratamento diferenciado para os terceiros<sup>20</sup>.

Hely Lopes Meirelles leciona que a "igualdade entre os licitantes e princípio impeditivo da discriminação entre os participantes, quer através de cláusulas

---

<sup>18</sup> Para fins deste trabalho os conceitos de isonomia e igualdade serão tratados como sinônimos, contudo, não se olvida que há um grande debate na doutrina sobre uma possível diferenciação entre ambos.

<sup>19</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oração\\_ao\\_s\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oração_ao_s_mocos.pdf)>. Acesso em: 25 set 2009.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 44.

que, no edital ou convite, favoreçam um em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art.3º, §1º)<sup>21</sup>”.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello escreveu obra lapidar sobre a temática deste item, qual seja: o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Essa obra esmiuçou vários desdobramentos do princípio da igualdade e conclui que a discriminação em certas situações pode ser a única maneira para se chegar a uma situação de igualdade. Em outras palavras, tratar todos de maneira uniforme violaria a igualdade ao invés de corroborar com ela<sup>22</sup>.

Do exposto, é lícito concluir que o princípio da igualdade não prega uma relação míope em que todos, independentemente de suas condições e características intrínsecas, sejam tratados da mesma maneira, pelo contrário, o tratamento diferenciado das microempresas é um dos fundamentos do princípio da igualdade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da sustentabilidade ganhou bastante relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato pode ser percebido ,dentre outros aspectos, pela legislação de licitações e contratações públicas que sofreu no ano de 2010 ajustes para que fosse incluído o termo “desenvolvimento sustentável” como uma das finalidades da licitação.

Tendo em vista esta situação há que se harmonizar e fazer uma revisão dos princípios licitatórios da vantajosidade e da isonomia à luz da sustentabilidade. A tradição jurídica brasileira muitas vezes confundia a melhor proposta como o menor preço, o que, na verdade, pode-se revelar um grande erro.

---

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.272.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 10.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A nova vantajosidade ou a vantajosidade sustentável é o novo paradigma que deve guiar as contratações públicas e a isonomia não deve ser confundida como o ato dar a todos o mesmo tratamento.

O princípio da nova vantajosidade (ou da vantajosidade sustentável), que tem como premissas básicas diferenciar fornecedores, levar em conta tanto os custos diretos como os indiretos, causar menor impacto negativo e trazer os maiores benefícios em termos ambientais, econômicos e sociais<sup>23</sup> não ofende o princípio da igualdade.

Tratar todos os licitantes de forma igual faria com que diversos aspectos de cunho ambiental e social sejam olvidados e, com isso, é possível que distorções muito graves aconteçam. Sob este quadro a nova sustentabilidade parece ser inexorável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2009.

BOSELLI, Felipe;BOSELLI, Paulo. **Legislação de licitações**. 2. ed. Florianópolis: Caput, 2012.

BRASIL. **Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)> Acesso em: 07 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. **Performance audit manual/ Brazilian Court of Audit**. -- Brasília : TCU, Secretariat of Oversight and Evaluation of Government Programs (SEPROG), 2010 Disponível em:

<sup>23</sup> FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz nº 38, jul-dez 2012, p. 78.

FREITAS, Thiago Perereira de. Por uma revisão do Princípio da vantajosidade na Legislação Brasileira. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

<.http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDFhttp://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056700.PDF>  
Acesso em: 07 de maio de 2013.

FREITAS, Juarez. **Princípio da sustentabilidade:** licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 74-94, jul./dez. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.