LICITAÇÃO — PREFERÊNCIA — INCONSTITUCIONALIDADE

— É inconstitucional o dispositivo de lei estadual que dá preferência, nas licitações públicas, às empresas estabelecidas no estado federado.

— Representação julgada procedente.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representação nº 1.187
Representante: Procurador-geral da República
Representado: Governador do Estado da Bahia
Relator para o acórdão: FRANCISCO REZEK

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia.

Brasília, 10 de abril de 1985. — *Décio Miranda,* Presidente. *Francisco Rezek,* Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: O Sr. Procurador-geral da República, atendendo parcialmente à solicitação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo, representou ao STF argüindo a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia.

Eis o teor do mencionado dispositivo:

"Art. 1º Nos termos do § 5º do art. 36 da Lei nº 3.853, de 17 de outubro de 1980, terá preferência, para contratação com o estado e suas autarquias, o licitante com sede ou domicílio no estado, cuja proposta revele igualdade de condições com a de outros licitantes ou seja mais vantajosa para a administração pública, na forma deste decreto.

(...)

§ 3º Considerar-se-á também igual ou mais vantajosa a proposta do licitante com sede ou domicílio no estado, se, atendidos os demais fatores do art. 36 da Lei número 3.853, de 17 de outubro de 1980, o respectivo preço global não exceder 5% o dos outros licitantes."

Consoante os argüentes, o art. 1º, § 3º, do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia, estabelece um tratamento discriminatório, dando preferência, nas licitações, às empresas da Bahia em relação as que têm sede em cutras unidades da Federação, contrariando os arts. 9º, I, e 153, § 1º, da Constituição Federal, e o Decreto-lei nº 200, de 1967, pois desvirtuam o critério referente ao preço, no julgamento das propostas dos licitantes.

Pedidas informações aos Srs. Governador e presidente da Assembléia Legislativa do estado da Bahia, prestaram informações coincidentes, em suas linhas gerais, sustentando os seguintes pontos, segundo síntese elaborada pela Procuradoria Geral da República:

"(a) a expressão 'brasileiros', contida no art. 9º, I, bem como no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, somente se refere às pessoas físicas, não alcançando, por-

tanto, a hipótese prevista na norma impugnada do Decreto nº 28.438 de 1981; b) o princípio da igualdade não tem caráter absoluto, podendo o Estado optar pela contratação de pessoas que estejam mais próximas do Governo do estado, ou mesmo pela proposta mais vantajosa, tendo em vista o dispêndio efetivo, representado pela diferença entre o preço e o valor do ICM a ser recolhido aos cofres públicos; c) a extensão das normas relativas às licitações aos estados e municípios, prevista na Lei nº 5.456, de 1968, é ofensiva da autonomia dessas pessoas jurídicas de direito público interno; d) o art. 133 do Decreto-lei nº 200, de 1967, permite a fixação de outros critérios e é razoável que a administração considere a compensação que terá com o recolhimento do tributo" (fls. 74).

O parecer do ilustre Procurador Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo eminente Procurador-geral Prof. Inocêncio Mártires Coelho, depois de justificar a exclusão da representação de inconstitucionalidade do *caput* do art. 1º e seus §§ 1º e 2º do Decreto nº 28.438, de 1981, embora sobre eles recaísse também a solicitação dos interessados, opina pela procedência da representação nos termos em que foi formulada, vale dizer, em relação ao § 3º do art. 1º, assinalando:

"A regra desse parágrafo beneficia os fornecedores do próprio estado, ou seja, os que tenham sede ou domicílio no território baiano, em detrimento dos licitantes das demais unidades da Federação. O percentual de abatimento estabelecido — 5% do preço global — não pode ser justificado pela diferença de alíquotas do ICM entre o comércio interno e o interestadual. A alíquota do imposto para as operações internas é a mesma da prevista para as operações que destinem mercadorias a consumidores localizados em outros estados (cf. Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, na redação da Resolução nº 364, de 1º de dezembro de 1983, ambas do Senado federal) e o dispositivo em causa exclui do benefício precisamente os licitantes de outros estados que se proponham a fornecer diretamente ao estado da Bahia e suas autarquias.

Não há dúvida, portanto, de que a norma impugnada cria distinção entre os licitantes, beneficiando os produtores e ainda os estabelecimentos revendedores ou com filiais na Bahia em relação às empresas sediadas em outras unidades da Federação. Tal discriminação contraria o disposto no art. 9º, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis:*

'Art. 9º À União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios é vedado:

I. criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.'

A palavra 'brasileiros', constante da regra transcrita, tem sentido amplo, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, como ocorre no caso do art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Nenhuma razão existe para limitar o alcance do preceito, pois a razão é a mesma, tanto para impedir distinções entre pessoas físicas como entre pessoas jurídicas. Em qualquer caso, essa vedação tem o sentido de assegurar a unidade nacional, de impedir os regionalismos (Ferreira Filho. *Comentários.* v. 1, p. 114).

O dispositivo se insere no Título I — Da organização nacional — e essa colocação define-lhe o alcance. Em sua primeira parte, resguarda a isonomia entre as pessoas, impedindo o tratamento discriminatório em razão de naturalidade, sede ou domicílio; na segunda, assegura a igualdade entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

A exegese restritiva esvaziaria o conteúdo da primeira parte do texto. E a doutrina vem considerando que a vedação se estende à discriminação entre pessoas jurídicas, embora, quase sempre, de forma indireta, especialmente quanto à impossibilidade de distinção no campo tributário, e referindo-a à última parte do preceito (Pontes de Miranda. *Comentários*... 1970.

t, 2, p. 185; Pacheco, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. v. 2, p. 252-3; Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira*. 1972. v. 1, p. 115). Atente-se ainda para a circunstância de que a supressão do qualificativo 'natos' na Constituinte de 1946, que deu maior alcance à primeira parte da regra, foi seguida por uma redação mais restritiva na última parte, empregada na EC nº 1, de 1969.

Essa foi a orientação firmada pelo STF nas Representações nºs 1.107 e 1.147, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que cuidavam da mesma questão jurídica, cumprindo destacar, a propósito, estes trechos do voto do Sr. Ministro Rafael Mayer, na primeira, dando exata exegese do art. 9º, I, da Lei Maior *(RTJ, 103*, p. 939):

'A igualdade deve ser objetiva e geral, não podendo o estado distinguir os brasileiros que sejam seus naturais, nem preferir no acesso à licitação de serviços e obras públicas, empresas que se sediem nele, em detrimento do princípio de igualdade que inspira o regime da livre competição da economia de mercado e, conseqüentemente, a geral acessibilidade aos procedimentos licitatórios.

Estou, portanto, que a discriminação constante dessas normas estaduais não resiste ao confronto com o art. 9º, I, da Constituição, que há de ser interpretado com a amplitude que advém do seu sentido teleológico e de sua correlação com o princípio da isonomia e com o tratamento de igualdade e harmonia que deve presidir os vínculos federais, onde as autonomias se compõem sobre a unidade da Nação.

Quando a Constituição se refere a brasileiros, entenda-se compreendidos no conceito não apenas as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, pois também estas estão ao amparo das garantias constitucionais para garantir a esfera de suas atividade e finalidade específicas.'

Por outro lado, essas deduções discriminatórias da legislação local contrariam normas gerais relativas a licitações, estabelecidas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, aplicáveis aos estados e municípios por força da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, particularmente a regra do art. 133 que estatui o critério de preço, para adjudicação do fornecimento, *in verbis:*

'Art. 133. Na fixação dos critérios para julgamento das licitações, levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes, estabelecidas no edital.'

Sob esse aspecto, o Executivo estadual descumpriu o art. 8º, XVII, alínea *a*, da Constituição Federal, pois, excedendo o âmbito da competência supletiva dos Estados-membros, dispõe sobre matéria já disciplinada em lei federal, com caráter vinculativo para as unidades federadas.

Conquanto também amparada na opinião de ilustres juristas, não nos parece que a extensão prevista na Lei nº 5.456, de 1968, seja ofensiva à autonomia dos estados e municípios. A licitação, exigida para compras, obras e serviços, é constitucionalmente destinada a salvaguardar não só a moralidade administrativa, como também o erário público, como reconhece Celso Antonio Bandeira de Mello (*Licitação — Aplicação de normas do Decreto-lei nº 200, de 1957*, aos municípios *in RDP*, n. 8, p. 96), vinculando-se direta e imediatamente à realização da despesa pública, como seu pressuposto necessário. Daí esta exata observação de Hely Lopes Meirelles, referindo-se à aplicação das normas relativas às licitações aos estados e municípios, prevista na citada Lei nº 5.456:

'Essas diretrizes federais encontram apoio na Constituição da República, que atribui competência à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro, de orçamento, de despesas de gestão patrimonial e financeira de natureza pública (art. 8º, XVII, *c*), matérias essas intimamente relacionadas com os contratos públicos, de que as licitações são antecedentes necessários, como já acentuamos, os quais acarretam despesa para a administração e alteração

patrimonial de seus bens e valores.' (*Direito administrativo brasileiro.* 9. ed. 1982. p. 216-7.)

O dispositivo impugnado contraria, portanto, os arts. 9º, I, e 8º, XVII, *c*, da Constituição Federal, pois impõe tratamento discriminatório entre os licitantes e desrespeita norma geral sobre licitações públicas, de obrigatória observância pelos estados-membros.

Em face do exposto, o parecer é pela procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado de Bahia." (fls. 76-81.)

Extraiam-se cópias deste relatório para serem remetidas aos eminentes membros do Plenário da Corte.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz (Relator): Pelos fundamentos do parecer que adoto e dos precedentes nele citados, constantes de acórdãos da lavra do eminente Ministro Rafael Mayer nas representações nºs 1.103 e 1.147, ambas do Estado do Rio de Janeiro, julgo procedente a presente representação para declarar, como efetivamente declaro, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia. Com efeito, o mencionado dispositivo legal, dando preferência, nas licitações, às empresas estabelecidas no estado da Bahia, desde que o preço global não exceda de 5% o dos licitantes que têm sede em outras unidades da Federação, contraria os arts. 9º, I, e 8º, XVII, *c*, da Carta Magna, que visam a assegurar, nas licitações, a unidade nacional e a impedir os regionalismos.

EXTRATO DA ATA

Rp nº 1.187-9-BA — Relator: Ministro Soares Muñoz. Representante: Procurador-geral da República. Representado: Governador do estado da Bahia.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Aldir Passarinho e Oscar Corrêa que julgavam procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia. Plenário, 30 de agosto de 1984.

Presidência do Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Procurador-geral da República, substituto, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Em princípio, a matéria relativa a licitação é de direito administrativo, assegurando-se competência para legislar às três ordens de pessoas administrativas: União, estados e municípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello (in: *Licitação.* Rev. dos Tribs., 1980, p. 7 e 8) escreveu, acerca do art. 8º, XVII, letra *c*, da Constituição Federal, na parte em que reza competir à União legislar a respeito de "normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; (...)", *in verbis:*

"Cumpre, além disto, considerar que a dicção constitucional só pode ter tido em mira, no preceptivo citado, regular aspectos financeiros, isto é, meramente formais, concernentes à gestão e despesa pública. Entendimento diverso levaria a absorver para a competência da União praticamente a totalidade das competências estaduais e municipais que a Corte Constitucional lhes deferiu. Isto pela singela razão de que todo ou quase todo comportamento administrativo gera despesas públicas e implica gestão de patrimônio público. Com efeito, se se considerar que disciplinar licitação é matéria pertinente à União, com maiores razões dever-se-ão considerar submetidos ao

mesmo regime os chamados contratos administrativos. Deveras, estão mais próximos da despesa que o procedimento licitatório. Este último, em rigor, não prende uma despesa. Precede, isto sim, o chamado contrato administrativo. Ele é que causa imediatamente a despesa. E é também uma forma de gerir recursos públicos. Do mesmo modo, a nomeação de um funcionário é fonte de despesa pública.

17. Daí, dever-se entender que pertence à União editar normas gerais concernentes ao modo de registrar e organizar a gestão do patrimônio e da despesa pública. Vale dizer: assiste-lhe, tão-só, a edição dos critérios pelos quais é sistematizada e condicionada a efetivação da gerência do patrimônio público e dos dispêndios públicos. Falece-lhe poder para regular a intimidade do procedimento que conduz a uma despesa, pois apenas a documentação formal requerida para eles é que se inscreve em sua competência."

Referindo-se, à sua vez, entretanto, às normas gerais da licitação, observa Hely Lopes Meirelles (*Licitação e contrato administrativo*. 4. ed. p. 20 e 21), *in verbis:*

"As normas gerais da licitação estão hoje consubstanciadas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967, que, ao dispor sobre a reforma administrativa federal, conceituou-a e disciplinou o procedimento licitatório, estabelecendo as condições mínimas para as contratações de obras, serviços, compras e alienações da administração centralizada e autárquica da União, e deu diretrizes para o concurso e o leilão administrativo. Subseqüentemente, a Lei federal nº 5.456, de 20 de junho de 1968, determinou a aplicação das normas relativas às licitações aos estados e municípios (art. 1º), reduziu os limites de valores para as contratações estaduais e municipais (art. 2º), possibilitou a redução de prazo para as concorrências e tomadas de preços (art. 3º) e admitiu a legislação estadual supletiva sobre a matéria, tendo em vista as peculiaridades regionais e locais (art. 4º). Essas diretrizes federais encontram apoio na Constituição da República, que atribui competência à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro, de orçamento, de despesa e de gestão patrimonial e financeira de natureza pública (art. 8º, XVII, *c*), matérias essas intimamente relacionadas com a licitação e os contratos públicos que acarretam despesa para a administração e alteração patrimonial de seus bens e valores. Mas é inquestionável que os estados e municípios podem dispor sobre os aspectos meramente administrativos da licitação e contratos de seu peculiar interesse, em decorrência de sua autonomia político-administrativa também assegurada pela Constituição da República (arts. 13 e 15)."

Dentre as normas gerais previstas no Decreto-lei nº 200, de 1967, estabelece o art. 133, *verbis:*

"Art. 133. Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes, estabelecidas no edital.

Parágrafo único. Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor preço."

Certo está, de outra parte, a partir da natureza e finalidade da licitação, enquanto esta se compreende como "um procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 11. ed. p. 223), que, entre os princípios dela regentes, se alinha o da "igualdade entre os licitantes". Discorrendo sobre ele, anotou Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 225:

"A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo de discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favo-

reçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação, no edital ou convite, porque a administração pode e deve fixá-los, sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público."

A respeito desse mesmo princípio, em sua obra *Licitação e contrato administrativo*, 4. ed. p. 15, Hely Lopes Meirelles, ainda, anota:

"A título de exemplo, podemos citar como cláusulas manifestamente discriminatórias, passíveis de invalidação judicial, as que exigem anterior execução de obra ou de serviço idêntico no órgão ou entidade licitante; as que exigem registro prévio no órgão ou na entidade licitante para a participação em suas concorrências (não confundir com tomada de preço); as que exigem sede ou filial da empresa (não confundir com preposto) no estado, no município ou na localidade em que se realizará a licitação, ou a obra ou o serviço; (...); as que deixam o julgamento ou o desempate ao juízo subjetivo da comissão julgadora ou de autoridade superior; enfim, as que visam excluir determinados interessados ou a conduzir a uma escolha prefixada."

Em face dessas considerações, não é, efetivamente, cabível preceitue estado-membro, que, entre os licitantes se faça distinção, em virtude de sua proveniência, assegurando-se, discriminatoriamente, àqueles domiciliados, em seu território, maiores vantagens, com vistas ao julgamento de licitação. O art. 9º, I, da Constituição Federal, veda à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, "criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra".

2. Ora, no caso concreto, argúi-se a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 1º, do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia. O art. 1º e parágrafos, do diploma executivo em referência, rezam:

"Art. 1º Nos termos do § 5º do art. 36 da Lei nº 3.853, de 17 de outubro de 1980, terá preferência, para contratação com o estado e suas autarquias, o licitante com sede ou domicílio no estado, cuja proposta revele igualdade de condições com a de outros licitantes ou seja mais vantajosa para a administração pública, na forma deste decreto.

§ 1º Considerar-se-ão em igualdade de condições as propostas que se equipararem pelos fatores de julgamento e classificação fixados no art. 36 da Lei nº 3.853, de 17 de outubro de 1980.

§ 2º Considerar-se-á mais vantajosa a proposta que, no conjunto das condições referidas no parágrafo anterior, apresentar maior interesse econômico-social para a administração pública estadual, reunindo os seguintes fatores:

I. o valor do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) a ser recolhido aos cofres do estado;

II. o emprego de mão-de-obra e materiais existentes no local da execução do contrato.

§ 3º Considerar-se-á também igual ou mais vantajosa a proposta do licitante com sede ou domicílio no estado, se, atendidos os demais fatores do art. 36 da Lei nº 3.853, de 17 de outubro de 1980, o respectivo preço global não exceder 5%, o dos outros licitantes."

Vê-se, dessa maneira, que o dispositivo impugnado considera, aos efeitos de licita-

ção, igual ou mais vantajosa a proposta de licitante com sede ou domicílio no estado, se, atendidos os demais fatores do art. 36, da Lei estadual nº 3.853/1980, o respectivo preço global não exceder 5% o dos outros licitantes.

Analisando os dispositivos acima transcritos, anotou a Procuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 75-80, *verbis:*

"5. O *caput* do art. 1º, bem como os seus §§ 1º e 2º não são ofensivos à Lei Fundamental. O *caput* reproduz, em substância, a regra do § 5º do art. 36 da Lei estadual nº 3.853, de 17 de outubro de 1980, que assegura preferência ao licitante com sede ou domicílio na Bahia, em igualdade de condições, nas licitações realizadas pelo estado, *in verbis:*

'§ 5º Nos casos de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços, em igualdade de condições, assegurar-se-á preferência ao licitante com sede ou domicílio no estado da Bahia.'

As condições, a que se refere a norma transcrita, são definidas pelos fatores de julgamento e classificação fixados no *caput* do citado art. 36, que repete os critérios estabelecidos no art. 133 do Decreto-lei nº 200, de 1967 — qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento e prazos. Dessa forma, ao estatuir critérios subsidiários, com expressa ressalva dos fatores de julgamento e classificação fixados no art. 36 da Lei nº 3.853, de 1980, o aludido preceito do Decreto nº 28.438, de 1981, não contraria regras do direito federal sobre licitações.

Quanto à legitimidade constitucional desses critérios subsidiários, em si, observa-se que o desempate pelo valor do imposto sobre circulação de mercadorias a ser recolhido aos cofres do estado, a que se refere o art. 1º, § 2º, I, do Decreto nº 28.438, representa efetivamente uma vantagem para o poder público. É que o ICM, incidente nas operações internas, incluído no preço, constitui crédito tributário do próprio estado realizador da licitação, ao passo que o imposto previsto para as operações interestaduais deve ser recolhido a outro estado-membro, ou seja, ao estado produtor. Há nessa disposição específica opção pela proposta economicamente mais vantajosa para a administração, e não preferência em razão da origem do produto, de modo que a regra não contraria o art. 9º, I, da Constituição Federal.

O critério pertinente ao emprego de mão-de-obra e materiais existentes no local da execução do contrato (decreto citado, art. 1º, § 2º, II) não contém, por igual, qualquer discriminação entre os licitantes, constituindo antes medida de alcance econômico e social, tendente a beneficiar a população do local da execução dos trabalhos.

6. Essas as razões pelas quais a representação limitou-se à argüição de inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 1981.

A regra desse parágrafo beneficia os fornecedores do próprio estado, ou seja, os que tenham sede ou domicílio no território baiano, em detrimento dos licitantes das demais unidades da Federação. O percentual de abatimento estabelecido — 5% do preço global — não pode ser justificado pela diferença de alíquotas do ICM entre o comércio interno e o interestadual. A alíquota do imposto para as operações internas é a mesma da prevista para as operações que destinem mercadorias a consumidores localizados em outros estados (cf. Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, na redação da Resolução nº 364, de 1º de dezembro de 1983, ambas do Senado federal) e o dispositivo em causa exclui do benefício precisamente os licitantes de outros estados que se proponham a fornecer diretamente ao estado da Bahia e suas autarquias.

7. Não há dúvida, portanto, de que a norma impugnada cria distinção entre os licitantes, beneficiando os produtores e ainda os estabelecimentos revendedores ou com filiais na Bahia em relação às empresas sediadas em outras unidades da Fede-

ração. Tal discriminação contraria o disposto no art. 9º, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis:*

'Art. 9º À União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios é vedado:

I. criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.'

8. A palavra 'brasileiros', constante da regra transcrita, tem sentido amplo, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, como ocorre no caso do art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Nenhuma razão existe para limitar o alcance do preceito, pois a razão é a mesma, tanto para impedir distinções entre pessoas físicas como entre pessoas jurídicas. Em qualquer caso, essa vedação tem o sentido de assegurar a unidade nacional, de impedir os regionalismos (Ferreira Filho. *Comentários*... v. 1, p. 114).

9. O dispositivo se insere no Título I — Da organização nacional — e essa colocação define-lhe o alcance. Em sua primeira parte, resguarda a isonomia entre as pessoas, impedindo o tratamento discriminatório em razão de naturalidade, sede ou domicílio; na segunda, assegura a igualdade entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

10. A exegese restritiva esvaziaria o conteúdo da primeira parte do texto. E a doutrina vem considerando que a vedação se estende à discriminação entre pessoas jurídicas, embora, quase sempre, de forma indireta, especialmente quanto à impossibilidade de distinção no campo tributário, e referindo-a à última parte de preceito (Pontes de Miranda. *Comentários*... 1970. t. 2, p. 185; Pacheco, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras.* v. 2, p. 252-3; Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira.* 1972. v. 1, p. 115). Atente-se ainda para a circunstância de que a supressão do qualificativo 'natos' na Constituição de 1946, que deu maior alcance à primeira parte da regra, foi seguida por uma redação mais restritiva na última parte, empregada na EC nº 1, de 1969.

11. Essa foi a orientação firmada pelo STF nas Representações nºs 1.107 e 1.147, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que cuidavam da mesma questão jurídica, cumprindo destacar, a propósito, estes trechos do voto do Exmº Sr. Ministro Rafael Mayer, na primeira, dando exata exegese do art. 9º, I, da Lei Maior *(RTJ, 103,* p. 939):

'A igualdade deve ser objetiva e geral, não podendo o estado distinguir os brasileiros que sejam seus naturais, nem preferir, no acesso à licitação de serviços e obras públicas, empresas que se sediem nele, em detrimento do princípio de igualdade que inspira o regime da livre competição da economia de mercado e, conseqüentemente, a geral acessibilidade aos procedimentos licitatórios.

Estou, portanto, que a discriminação constante dessas normas estaduais não resiste ao confronto com o art. 9º, I, da Constituição, que há de ser interpretado com a amplitude que advém do seu sentido teleológico e de sua correlação com o princípio da isonomia e com o tratamento de igualdade e harmonia que deve presidir os vínculos federais, onde as autonomias se compõem sobre a unidade da Nação.

Quando a Constituição se refere a brasileiros, entendem-se compreendidos no conceito não apenas as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, pois também estas estão ao amparo das garantias constitucionais para garantir a esfera de suas atividade e finalidade específicas.'

12. Por outro lado, essas deduções discriminatórias da legislação local contrariam normas gerais relativas a licitações, estabelecidas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, aplicáveis aos estados e municípios por força da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, particularmente a regra do art. 133 que estatui o critério de preço, para adjudicação do fornecimento, *in verbis*:

'Art. 133. Na fixação dos critérios para julgamento das licitações, levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as

condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes, estabelecidas no edital.'

Sob esse aspecto, o Executivo estadual descumpriu o art. 8º, XVII, alínea *a*, da Constituição Federal, pois, excedendo o âmbito da competência supletiva dos estados-membros, dispõe sobre matéria já disciplinada em lei federal, com caráter vinculativo para as unidades federadas.

13. Conquanto também amparada na opinião de ilustres juristas, não nos parece que a extensão prevista na Lei nº 5.456, de 1968, seja ofensiva à autonomia dos estados e municípios. A licitação, exigida para compras, obras e serviços, é constitucionalmente destinada a salvaguardar não só a moralidade administrativa, como também o erário público, como reconhece Celso Antonio Bandeira de Mello (*Licitação — Aplicação de normas do Decreto-lei nº 200, de 1967*, aos municípios. *In: RDP*, n. 8, p. 96), vinculando-se direta e imediatamente à realização da despesa pública, como seu pressuposto necessário. Daí esta exata observação de Hely Lopes Mierelles, referindo-se à aplicação das normas relativas às licitações aos estados e municípios, prevista na citada Lei nº 5.456:

'Essas diretrizes federais encontram apoio na Constituição da República, que atribui competência à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro, de orçamento, de despesas de gestão patrimonial e financeira de natureza pública (art. 8º, XVII, *c*), matérias essas intimamente relacionadas com os contratos públicos, de que as licitações são antecedentes necessários, como já acentuamos, os quais acarretam despesa para a administração e alteração patrimonial de seus bens e valores.' (*Direito administrativo brasileiro*. 9. ed. 1982, p. 216-7.)

14. O dispositivo impugnado contraria, portanto, os arts. 9º, I, e 8º, XVII, *c*, da Constituição Federal, pois impõe tratamento discriminatório entre os licitantes e desrespeita norma geral sobre licitações públicas, de obrigatória observância pelos estados-membros."

O § 3º do art. 1º, do Decreto baiano nº 28.438/1981, prevê, efetivamente, critério discriminatório entre os licitantes, favorecendo os domiciliados na Bahia, inobstante sua proposta possa ser mais onerosa ao erário estadual, em até 5% do preço global. O dispositivo fere, dessa maneira, a norma maior do art. 9º, I, da Carta Magna federal. Nesse sentido, o Plenário já se manifestou, em matéria semelhante, na Representação nº 1.103/RJ, a 26 de agosto de 1982, relator o ilustre Ministro Rafael Mayer, referida no parecer supra, estando o aresto assim ementado (*RTJ, 103*/933.):

"Licitação pública. Aquisição de bens ou serviços. Preferência em razão da origem. Constituição Federal, art. 9º, I. Decreto nº 3.149, art. 37, inc. VI e §§ 2º, 3º, 4º e 6º, redação do Decreto nº 3.776/80 e Decreto nº 3.149/80, art. 28, § 1º, itens 6 e 8º, acrescentados pelo Decreto nº 3.985/81. O critério de distinguir pela origem, naturalidade, ou sede, não tem legitimidade para justificar a desigualação de empresas que concorram com outras em igualdade de categoria, condições e preço. Dispositivos estaduais que atentam contra o art. 9º, I, da Constituição Federal Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte."

Releva, na espécie, observar, ainda, que, além de discriminar entre licitantes, em virtude de seu estado de origem, o dispositivo argüido de inconstitucional autoriza desatender a norma geral sobre licitações públicas, a ser observada pelos estados-membros, acerca do critério do preço, admitindo se dê preferência a proposta, de domiciliado no território baiano, embora o preço global seja mais elevado, desde que não exceda em mais de 5% o dos outros licitantes.

Acompanho, dessa sorte, o voto do eminente Ministro Relator, para, também, dar pela procedência da representação e declarar a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 1º, do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia.

EXTRATO DA ATA

Rp nº 1.187-9-BA — Relator: Ministro Soares Muñoz. Representante: Procurador-geral da República. Representado: governador do estado da Bahia.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Aldir Passarinho e Oscar Corrêa que julgavam procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia. Plenário, 30 de agosto de 1984.

Decisão: julgou-se procedente a representação e declarou-se a inconstitucionalidade do § 3º do art. 1º do Decreto nº 28.438, de 23 de novembro de 1981, do estado da Bahia. Decisão unânime. Votou o presidente. Não tomaram parte do julgamento os Srs. Ministros Octavio Gallotti e Sydney Sanches. Plenário, 10 de abril de 1985.

Presidência do Sr. Ministro Decio Miranda, vice-presidente.

Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Sydney Sanches e Octavio Gallotti.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Moreira Alves, Presidente e Francisco Rezek.

Procurador-geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.