Número 21 – fevereiro/março/abril - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

Luciano Ferraz
Professor Adjunto de Direito Administrativo na UFMG.

A licitação é instrumento tradicional no direito brasileiro e mundial. A priori, possui basicamente dois objetivos fundamentais: a busca da melhor proposta para a Administração Pública e a manutenção do princípio da isonomia entre os interessados – competitividade. Tais objetivos são tradicionalmente trabalhados pela doutrina brasileira que não diverge substancialmente ao afirmá-los como finalidades últimas da licitação, na forma preconizada pelo art. 2º, caput, da Lei 8.666/93.

Isso não quer significar, contudo, que a licitação – como de resto os institutos jurídicos em geral – não possa ser utilizada com objetivos lícitos outros que não os que lhe são tradicionalmente reservados. Também no âmbito do direito administrativo, conquanto se nutra a fiel observância do princípio da legalidade, é possível ser criativo: "a menta que se abre a uma nova idéia nunca mais retoma seu tamanho original." (Albert Einstein).

Buscarei desenvolver aqui a noção de que a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado , de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade. Procurarei demonstrar que é possível o emprego do procedimento licitatório como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.

É a partir dessa perspectiva que se torna possível – e viável – falar-se em função regulatória da licitação.

A atividade de regulação da economia é outorgada ao Estado pelo art. 174 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Como se vê, ao Estado é atribuído o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica em sentido amplo, tendo como finalidade essencial a realização dos valores fundamentais da República, descritos principalmente nos artigos 1º e 3º da Constituição da República.

Bem por isso, a ordem econômica, na Constituição da República, é calcada em princípios arrolados – não exclusivamente – no art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A ordem econômica brasileira é, portanto, monitorada pelo princípio da livre concorrência, mas não só por ele, pois existem outros valores positivados, abarcados pela Constituição da República, que devem se afiguram finalidades cogentes na implantação das atividades estatais.

Numa acepção ampliada do tema regulação econômica – e do papel do Estado Regulador –, portanto, compreende-se por regulação:

"... o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional." (JUSTEN FILHO. Marçal. Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética. 2002. p. 40)

Bem verdade que já possuímos sistema de regulação econômica, por exemplo, para evitar concentrações no mercado, a Lei antitruste – a Lei 8.884/94. Ainda assim, é preciso perceber que a atuação deste direito de salvaguarda da concorrência é uma atuação passiva. O Estado atua quando se verifica o ilícito de concentração que viola a concorrência do mercado.

Por outro lado, entende-se ser possível trabalhar com outros institutos e instrumentos estatais, não passivos, com a finalidade de repudiar, incentivar ou direcionar a atividades dos entes privados no mercado.

Na história brasileira, existem exemplos de medidas legislativas e administrativas com dito objetivo, as quais tencionaram de uma forma ou de outra realizar preferências para determinado tipo de segmento dentro do mercado.

Sob a égide da Constituição Anterior, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de lei baiana que dava preferência nas licitações públicas àquelas entidades e empresas que se sediavam no estado da Bahia, entendo-a inconstitucional. Trata-se do julgamento da representação 1.187/BA, relatada pelo Ministro Francisco Rezek, assim ementada:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LICITAÇÃO PÚBLICA. PREFERENCIA EM RAZÃO DA ORIGEM. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 9, I E 8, XVII, C. DECRETO 28.438, DE 23.11.81, ART. L.- PARAGRAFO 3., DO ESTADO DA BAHIA. INCONSTITUCIONALIDADE. E INCONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DE LEI ESTADUAL QUE DA PREFERENCIA, NAS LICITAÇÕES PUBLICAS, AS EMPRESAS ESTABELECIDAS NO ESTADO FEDERADO. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE (STF – Rp. 1.187 / BA – BAHIA, Relator Min. Francisco Rezek, DJ de 10.10.1986)

Nesse caso, o STF entendeu não ser possível estabelecer tratamento favorecido à empresa situada em dado lugar da Federação, não sendo lícito, portanto, introduzir medidas legislativas diferenciadas em favor destas empresas.

No mesmo sentido, o STF, na Representação 1201-8, relatada pelo Min. Moreira Alves, entendeu inconstitucional lei do Distrito Federal, que autorizava a empresa sediada naquele estado a descontar dos seus preços, nas licitações, os valores que recolheriam a título de ICMS.

LICITAÇÃO. DEDUÇÃO, PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO NO JULGAMENTO, EM FAVOR APENAS DE FORNECEDORES ESTABELECIDOS NO DISTRITO FEDERAL. OCORRENCIA DE DISCRIMINAÇÃO VEDADA PELA PARTE INICIAL DO INCISO I DO ARTIGO 9º DA CONSTITUIÇÃO, O QUAL DIZ RESPEITO TANTO A PESSOAS FISICAS QUANTO A PESSOAS JURIDICAS. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 6824, DE 22 DE JUNHO DE 1982, DO EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. (STF – Rp. 1201 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Moreira Alves, DJ de 22.08.1986)

Portanto, em princípio, o STF decidiu que a isonomia é uma isonomia plena, de modo que não se haveria de estabelecer, nem mesmo sob o pálio da legislação, medidas discriminatórias entre empresas, para preferi-las nas contratações administrativas.

Todavia, noutra oportunidade, o mesmo STF admitiu exclusões e preferências, de ordem legislativa, em licitações. Cite-se aqui a Lei 10.148/96 do Rio Grande do Sul, que foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.723, relatada pelo Ministro Carlos Velloso.

CONSTITUCIONAL. VEÍCULOS: INSPEÇÃO. CONCESSÃO. LICITAÇÃO: EXCLUSÃO DE TRANSPORTADORAS. Lei 10.848, de 20.08.96, do Estado do Rio Grande do Sul, art. 7º. I. - O art. 7º da Lei 10.848, de 1996, do Estado do Rio

Grande do Sul, exclui da licitação as transportadoras, licitação que tem por finalidade a escolha de concessionária dos serviços públicos de inspeção de segurança de veículos. Inocorrência, ao primeiro exame, de relevância na argüição de inconstitucionalidade. II. - Cautelar indeferida (ADI 1723 MC / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. Carlos Velloso. DJ de 23.10.2001).

Nesta ADI, havia lei gaúcha que tratava da concessão de serviços de inspeção de segurança veicular, que proibiu a participação de empresas que fossem transportadoras de carga. O STF concluiu, por conta da extensão das frotas, que elas não poderiam de fato participar, porquanto potencialmente poderiam vir a causar disparate no âmbito da licitação. Veja-se o voto do relator:

"se a licitação tem por finalidade a escolha de um concessionário de serviços públicos de inspeção de segurança de frota de veículos do estado, parece-me adequada a exclusão da licitação de empresas do ramo automobilístico e das transportadoras, dado que estas comumente são proprietárias de muitos veículos, a eles seria possível vistoriar seus próprios veículos e os veículos de empresas transportadoras concorrentes. Com tal providencia não me parece ocorrer ofensa ao principio da igualdade, mesmo porque está se tratando desigualmente os desiguais."

O STF, neste caso, admitiu que a lei excluísse determinado segmento de empresas da participação na licitação. É dizer: admitiu que a lei estadual, ao tratar da licitação, servisse como instrumento de regulação (restrição) de mercado.

Outra lei que estabelece preferências – e está de acordo com o art. 170 da Constituição da República – é a Lei Complementar 123/06, que trata das microempresas e empresas de pequeno porte e lhe outorga tratamento diferenciado, possibilitando, por exemplo, licitações exclusivamente direcionadas a elas, subcontratação obrigatória dessas empresas. Aqui, o diferencial é utilizado justamente com o intuito de fomentar a criação de empresas dessa natureza, como verdadeiro mecanismo de indução e de desenvolvimento dessas empresas, que empregam expressivo número de trabalhadores no Brasil.

A própria Lei 8666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituiu as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece um sistema de preferências.

Por exemplo, quando dispõe, em seu art. 42, que as licitações internacionais são facultativas e não obrigatórias, ou seja, permite a opção pela realização de procedimento licitatório que induza a participação apenas das empresas nacionais, e afastando, portanto, a possibilidade da concorrência internacional. Trata-se de mecanismo de protecionismo do mercado e das empresas brasileiras.

Da mesma maneira, deve-se referir ao art. 3º, § 2º, da Lei 8.666/93:

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 lhes são correlatos. [...]

§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Embora tenha havido a revogação do art. 171 da Constituição, que estabelecia a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, continuam vigentes os incisos II, III e IV do preceito, que dão preferência, em caso de empate nas licitações, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos no país, produzidos por empresas sediadas no país, que invistam em pesquisa ou no desenvolvimento de tecnologia no país, persistindo, na essência, um sistema de preferência voltado para o mercado interno, medida que ultima ratio corrobora o art. 219 da Constituição:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

O mercado interno, na dicção constitucional, é patrimônio nacional, e, portanto, tem que ser defendido nos termos já mencionados.

Encontra-se, ainda na Lei 8.666/93, outra forma de interferência do Estado no domínio econômico, por conta da regra do art. 24, VI:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

Ao possibilitar a contratação direta pela União para manutenção de estoques reguladores ou para manutenção de preços de mercado e evitar o desabastecimento, fica demonstrada nova forma de utilização do contrato administrativo com o mote de regulação do mercado.

Devem-se destacar ainda, as hipóteses de contratação direta de entidades do terceiro setor, já que dessa forma realiza-se a indução a que essas entidades sejam criadas pelos particulares. Ao garantir o benefício de contratação direta com – esta uma forma de fomentá-las – o Estado induz a respectiva instituição e incrementa o entrelaçamento de ambos na realização de objetivos de interesse comum. Podemos citar, a propósito, as entidades de pesquisa científica, de recuperação social de presos, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com as OSCIPS (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).

A par de todas as hipóteses já enumeradas, as quais se afiguram medidas de regulação pela via legislativa, é possível pensar também em regulação por intermédio de medidas administrativas, todas as vezes que a satisfação do interesse público por meio da licitação (e do contrato) estiver em jogo.

A utilização dessas medidas atenderá basicamente a duas finalidades: a) garantia de competição no mercado, estímulo, portanto, à concorrência leal; b) garantia de qualidade nas contratações da administração pública.

O art. 23 §1º da Lei 8.666/93, por exemplo, determina que a administração pública, sempre que possível – e recomendável –, parcele o objeto das licitações em tantas contratações se mostrem tecnicamente viável, desde que se garanta a economia de escala:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

A aplicação desse preceito tem um objetivo fundamental, que é o de garantir a participação do maior número de empresas na licitação. Mas ele, sobre não cumprir essa finalidade, deve ser corretamente interpretado. A regra do parcelamento não se aplica em qualquer caso. É imprescindível a existência de vantagens econômicas para a Administração.

Assim, se houver fundamentação suficiente para se justificar que não é possível realizar a divisão em lotes, é lícito afastar a incidência dela e, portanto, trazer para a licitação apenas as empresas que tenham efetivamente condições de executar a integralidade do objeto do contrato.

Portanto, o edital enquanto medida de natureza administrativa, quando opta por não adotar o parcelamento obrigatório do objeto – precedendo-se da devida justificativa técnica necessária (motivação) – termina por fazer uma regulação de mercado; afasta da licitação empresas que não tenham condições de executar todo o objeto, mas apenas parte dele.

Importante ressaltar que sempre que se mostrar necessária a limitação da participação de empresas a dado lote, o edital deve estipular tal restrição, de modo a evitar que uma mesma empresa possa concorrer em mais de um lote, impedindo a concentração, e possibilitando dessa maneira que haja concorrência justa.

Cite-se, por exemplo, o caso de uma mesma empresa que disputar em igualdade de condições todos os lotes, vencendo-os, todos eles, frustrando dessa maneira a finalidade do dispositivo que é justamente fazer subdivisão do objeto, com o intuito de contratar mais de uma pessoa.

Veja-se, a propósito, o que preconiza o art. 3º, §1º da Lei de Licitações, sempre utilizado para dizer que uma cláusula do edital é restritiva e ilegal.

Art. 3º [...]

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou

domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

Pela dicção do preceptivo, é impossível estabelecer cláusulas que frustrem a concorrência e não cláusulas que incentivem a concorrência. Haveria limitação legal à previsão editalícia de cláusula restritiva da participação de empresas, que ampliasse a competição? Seria possível, realizando leitura a contrario sensu, a utilização dessas cláusulas?

Penso que sim, desde que o interesse público assim o exija e desde que sejam utilizadas como um instrumento para garantir a competitividade do mercado, prestigiando a finalidade da regra. Por exemplo, se um Município vai proceder à concessão de serviço público de transporte coletivo é plenamente possível que se defina que a concessão dar-se á em lotes e que só é possível participar de um lote, com o intuito justamente de não se concentrar nas mãos de uma única pessoa toda a possibilidade de exploração do serviço público. Nesse caso, a cláusula restritiva de participação da empresa em mais de um lote, ao invés de frustrar o caráter competitivo da licitação, o induz.

Da mesma maneira, é possível realizar leitura a contrario sensu do art. 7º § 5º da Lei 8.666/93:

Art. 7º [...]

§5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Como exposto, apesar de o dispositivo acima vedar a preferência de marca nas licitações, ele próprio estabelece exceção, desde que haja justificativa técnica para tanto. Mais do que isso, a partir da realização de leitura a contrario sensu, é possível – se o interesse público assim o exigir – vedar a participação de determinadas marcas no certame licitatório, justamente para garantir sadia competição no mercado, excluindo produtos de qualidade inferior que não tenham condições de cumprir as necessidades da Administração e ainda aqueles que não tenham condições de concorrer em igualdade de condições.

Logo, admite-se que determinadas marcas – se isso for prévia e tecnicamente justificável –, sejam privadas de participar da licitação. Isso se passa, por exemplo, nos casos de comprovada ausência de durabilidade do produto, porquanto aí já se sabe que o produto analisado não serve às finalidades da Administração Pública.

Ora, se a justificativa técnica serve para preferir marcas, porque não haveria de servir para excluir aquelas indevidas? Justamente aquelas que entram na licitação, sem qualidade, com preços subterrâneos, produzindo desperdício no âmbito administrativo e desequilíbrio no mercado. Se a lei permite preferi-las, porque não admitir que se possa excluí-las?

Quero citar também um exemplo recente, que me foi relatado pelo Professor Marcos Juruena Villela Souto, da Universidade Gama Filho. Trata-se de licitação de TV a Cabo, baseada na Lei 8.977/95 e na Portaria n. 119/95 do Ministério das Comunicações (art. 5º), na qual a participação das empresas

licitantes em outras concessionárias foi utilizada não como fator de crédito no julgamento técnico da licitação, mas como fator de descrédito. Ou seja, o fato de haver a participação da entidade licitante em outra empresa do setor foi utilizado não como fator para garantia de experiência e tecnicidade, mas como fator de descrédito para evitar concentração e, via de conseqüência, garantir competitividade no mercado. É a utilização da licitação como instrumento de regulação da competição no mercado.

Vou mais longe, acho que o art. 170 da Constituição, ao arrolar como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (VI) admite, por exemplo, que um edital possa pontuar nas licitações de técnica e preço ou nas licitações de melhor técnica empresas que comprovem responsabilidade ambiental, desenvolvimento de programas de educação ambiental, utilização de materiais recicláveis para a realização de objeto do certame.

O mesmo se diga do princípio inserto no inciso III (função social da propriedade), relativamente à responsabilidade social das empresas licitantes, ao auxílio empresarial ao terceiro setor.

No pertinente aos investimentos empresarias na área de turismo, sobreleva-se o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais (VII), corroborando-se o art. 180 da Constituição, que atribui ao Poder Público, a tarefa de promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Por fim, em nome do princípio econômico da busca do pleno emprego, vislumbra-se mesmo a possibilidade de utilização do contrato administrativo como instrumento de saneamento de empresas em sérias dificuldades financeiras, todas as vezes que os efeitos sociais decorrentes de sua bancarrota puderem desestabilizar econômica e socialmente importantes segmentos do país. Abrir-se-ia na espécie a possibilidade de contratação direta pelo Poder Público, fundada na inviabilidade de competição, como forma de auxiliar na recuperação da empresa.

Cito exemplo de dada empresa que, por ser a maior responsável pela empregabilidade em local específico do país, pudesse – se arruinada, levar ao desemprego considerável número de pessoas, que precisam dele para sua sobrevivência e de sua família. Note-se que não se trata aqui de contratar a empresa em dificuldade com sobrepreço, para beneficiá-la, mas de reconhecer a situação excepcional que induz a desnecessidade de competição, para auxiliá-la à retirada da bancarrota. Também para empresas locais, relativamente aos Municípios, em casos excepcionais, vislumbra-se a hipótese.

Portanto, o que se percebe é que a partir duma leitura constitucionalizada da licitação, prescrevo-lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado. Mas para tanto é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos Códigos. É como diria o poeta Fernando Pessoa:

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares, é o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.