Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 3 – agosto/setembro/outubro de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

CONCORRÊNCIA DESLEAL NAS LICITAÇÕES

Prof. Marcos Juruena Villela Souto*

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho

SUMÁRIO – I Apresentação. II - 1. Uma visão pouco adequada sobre o tema - 2. A eficiência por meio da competição justa - 3. O pacto federativo e a lesão ao Erário - 4. A licitação para a competição justa - 4.1. A análise dos componentes do preço - 4.2. As medidas administrativas para contenção na licitação - 4.2.1. Pedido de esclarecimentos - 4.2.2. Impugnação ao edital - 4.2.3. Recurso contra a habilitação cumulado com direito de petição - 4.2.4. Recurso contra a aceitação da proposta - 4.3. Medidas regulatórias e concorrenciais - 4.3.1. A provocação da ANATEL para a regulação executiva - 4.3.2. A instauração do contencioso concorrencial perante o CADE – III – CONCLUSÃO

I.

Os programas de reforma do Estado estimularam novas formas de organização e de apresentação de contratos oferecidos no mercado e à própria Administração Pública, ainda trazendo muitas dúvidas sobre o correto tratamento jurídico de diversas matérias.

Dentre as situações de novidades, duas foram escolhidas para serem aqui abordadas, a saber, os novos serviços de telecomunicações e as contratações envolvendo cooperativas.

No campo das telecomunicações, diversos são os tipos de novos serviços sobre os quais paira a dúvida de serem ou não serviços de telecomunicações e, aí, serem ou não tributados pelo ICMS (e não pelo ISS).

---

* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho.

No campo das cooperativas, o problema é que essas entidades se submetem a uma disciplina jurídica diversa, de modo que podem, muitas vezes, se beneficiar de tal condição para vencerem a competição no mercado.

Uma inadequada interpretação sobre a validade dessas condutas, ou mesmo a omissão do Fisco ou das autoridades administrativas pode gerar uma vantagem competitiva, que é sensível nas licitações, dado que forma-se, no plano concorrencial, um preço artificial que não corresponde à realidade, prejudicando-se o competidor que cumpre o ordenamento jurídico.

Cuida-se, pois, de demonstrar a possibilidade de questionamento dessa postura do competidor desleal no curso de procedimentos licitatórios.

II.

1. UMA VISÃO POUCO ADEQUADA SOBRE O TEMA

Em sendo o objetivo da licitação a seleção da proposta mais vantajosa, a primeira manifestação, numa visão simplificada do instituto, seria a de entender que o tema da correta incidência dos tributos e encargos sociais e trabalhistas não interessaria aos responsáveis pelo procedimento licitatório, já que a proposta se dá por conta e risco do licitante, que deve fazer sobre ela incidir todos os encargos fiscais, conforme se vê do art. 71 da Lei nº 8.666/93:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Conforme se pretende demonstrar, tal omissão é lesiva à moralidade administrativa, aos cofres públicos, ao país e coloca o próprio contratante em risco quanto à qualidade e à continuidade do serviço contratado.

Afinal, está em jogo o surgimento de um passivo concorrencial, fiscal ou trabalhista, em decorrência da aplicação de penalidades por concorrência desleal e sonegação fiscal ou desobediência às normas empregatícias, que pode representar um risco para a própria empresa fornecedora, afetando, assim, os interesses públicos atendidos pelo contrato.

Igualmente há o risco de um passivo fiscal, que pode inviabilizar a contratada, em função de dívidas cobradas em juízo, sujeitas à penhora de bens ou mesmo afetando a estabilidade financeira da companhia executada.

O grave é criar uma situação de instabilidade, insegurança e desequilíbrio no mercado, no sentido oposto ao desejado pelas reformas, que buscam o

atendimento do princípio constitucional da eficiência, e falseiam o próprio conceito de licitação.

Em suma, comandos constitucionais e da legislação federal são gravemente violados com a postura omissiva das autoridades administrativas responsáveis pela condução do procedimento licitatório.

Claro, porém, que para restar caracterizada a omissão – e, consequentemente, a imoralidade administrativa em contratar com fornecedores sabidamente sonegadores – é preciso que a conduta lesiva seja levada ao conhecimento da Administração em tempo hábil para a tomada de posição.

2. A EFICIÊNCIA POR MEIO DA COMPETIÇÃO JUSTA

A livre iniciativa, fundamento da República (CF, art. 1º, IV), tem por objetivo viabilizar o livre acesso ao mercado e, por meio da liberdade de escolha, propiciar um aprimoramento da produção e da prestação de serviços. Este é o principal fator para que os Estados desenvolvam mecanismos de proteção da livre concorrência, evitando que esse poderoso instrumento de busca da eficiência seja frustrado por medidas ardilosas.

A Administração Pública, na qualidade de consumidora de bens e serviços, não é livre na sua escolha, devendo se pautar por um processo formal de objetivação do conceito de oferta mais vantajosa.

Esses conceitos jurídicos indeterminados – eficiência e "vantajosidade" – não se limitam a aspectos como o menor preço, a melhor técnica ou a combinação de ambos; afinal, o "poder de compra" da Administração permite que essa forma de atuar sobre o mercado se preste à produção de resultados de interesse público da mais alta relevância – entre os quais, a promoção da **competição leal** no mercado de bens e serviços e a defesa da **moralidade**.

Daí porque, se é certo que a licitação é processo administrativo que busca a seleção de melhor proposta, não é menos exato que tal escolha deve se dar no *mercado* e não simplesmente nos autos, submetido o processamento ao princípio da *verdade real* e ao princípio federativo, para destacar apenas os mais importantes no tema em exame.

Para a escolha, é fundamental que sejam implementados mecanismos que defendam a existência de uma efetiva competição, de modo a se reconhecer no procedimento uma função que visa à interpretação do conceito de **eficiência** dos agentes econômicos, buscando a preservação do *mercado* como cenário adequado à **livre concorrência**. Afinal, como idealizado nos programas de reforma do Estado, a implementação das políticas públicas, em especial, a abertura econômica, tem por objetivo promover a eficiência por meio da ampla

competição. Nesse mister, a licitação é poderoso instrumento, como destaca ROBERTO BAUNGARTNER[1]:

> *As compras governamentais podem desenvolver a economia sustentável, proporcionando competitividade, estímulo ao mercado formal, proteção à concorrência, fomento à tecnologia, arrecadação de tributos, entre outros.*

Vale trazer à colação a redação do art. 219 da Constituição Federal:

> 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.

2.1. A QUESTÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES

A **eficiência** na execução dos serviços públicos de telecomunicações é atendida com a criação de um ambiente **competitivo** entre os diversos operadores, com necessidade de constante aprimoramento, na captação do maior número possível de usuários, que, pelas regras de mercado e com a legítima opção de escolha assegurada, logicamente haverão de buscar os prestadores que executem o serviço de alta qualidade a preços acessíveis.

No segmento econômico em exame, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472, de 16.07.1997 – almejou fomentar a idéia de **justa competição** no artigo 6º c/c art. 70. Confira-se:

> Art. 6º - Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e **justa competição** entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica. (...)

> Art. 70 – Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à **competição** livre, ampla e **justa** entre as prestadoras de serviços, no regime público ou privado, em especial (...)

Não há, pois, fundamento, nem na legalidade nem na moralidade – princípios que orientam a atividade administrativa, como se vê do art. 37, *caput* da Constituição Federal – para que a autoridade administrativa se quede omissa. Os princípios da busca da verdade real e da oficialidade do processo exigem uma postura diante da apresentação de fundados indícios no sentido de que uma interpretação legal constantemente rejeitada acarreta vantagem competitiva para o intérprete equivocado (ou de má fé). A decisão administrativa sobre o tema deve preservar tanto a justa competição no mercado, como, em especial, o procedimento licitatório, que correm o risco de restarem frustrados diante de uma omissão.

---

[1] BAUNGARTNER, Roberto. *Bom uso das compras do governo*. Artigo publicado *in* Gazeta Mercantil: São Paulo, 17.01.2005, p. A3.

2.2. A QUESTÃO DAS FALSAS COOPERATIVAS

No que concerne à admissibilidade de cooperativas participarem de licitações e serem contratadas pelo Estado, cumpre, desde logo, reafirmar algumas premissas já deduzidas em outras oportunidades[2], no sentido de que:

a) a terceirização de serviços pode ser praticada pela Administração Pública;

b) a terceirização busca o serviço (atividade) e não a pessoa do prestador;

c) a terceirização busca a especialização do contratado nas atividades contratadas, repudiando-se, pois, a contratação de entidades generalistas, que possam ser confundidas como mera contratação de mão-de-obra;

d) não pode haver terceirização, concessão ou permissão, nem mesmo gestão privada de funções que exijam o exercício de prerrogativas de autoridade – regidas pelo direito público (e, por via de conseqüência, sujeitas a pessoal submetido ao regime estatutário);

e) A contratação de cooperativas representa uma opção de política pública constitucionalmente privilegiada – CF, art. 174, § 2º.

f) não há impedimento constitucional ou legal à participação de cooperativas nas licitações, admitida, pois, sua contratação, desde que atendidas as exigências para que a entidade seja qualificada como tal – ou seja, repudia-se a falsa cooperativa;

g) a direção dos trabalhos por um dos cooperados ou empregado da contratada não transforma, necessariamente, as ordens de serviço em relação de subordinação;

h) em que pesem algumas decisões no âmbito da Justiça do Trabalho, a Administração contratante não poderia ser responsabilizada subsidiariamente, seja por culpa *in eligendo* (já que sua escolha não é livre, mas decorre de licitação), nem por culpa *in vigilando* (já que, em regra, sua fiscalização deveria ser exercida sobre a execução do contrato em relação a ela, Administração, e não na relação do contratado com seus prestadores – empregados ou cooperados).

Dito isso, cabe ao Estado zelar para não se relacionar com uma "falsa cooperativa". Do contrário, a vitória em licitação poderia decorrer de verdadeira concorrência desleal, já que o regime jurídico da cooperativa não atrai para esse tipo de entidade os mesmos encargos sociais e fiscais que incidem sobre as empresas que se relacionam com seu pessoal por meio de contrato de trabalho.

A fraude trabalhista ou fiscal falseia a concorrência e produz resultados indesejados, seja no campo da licitação, contratando-se o desonesto, como no

[2] SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 332 e ss.

campo social e econômico, ensejando a frustração de direitos trabalhistas e desestimulando a economia formal.

Daí porque a mera invocação de aplicação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que a Administração só deve se preocupar com o valor final do contrato, que já inclui todos os encargos, não deve prosperar se há indícios de que o processo competitivo pode ter se baseado em fraude ou sonegação.

3. O PACTO FEDERATIVO E A LESÃO AO ERÁRIO

A omissão não pode decorrer do fato de que só o Estado perde arrecadação, pois os municípios continuam a manter receitas por força da partilha de receita tributária entre as entidades federadas. Confira-se o disposto no art. 158 da Constituição Federal:

> Art. 158. Pertencem aos Municípios:
>
> (...)
>
> IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.
>
> Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:
>
> I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
>
> II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

O dispositivo, que representa um dos mecanismos de **federalismo cooperativo**, desautoriza tal postura, já afastada pelos citados princípios da livre concorrência e da moralidade administrativa.

Não para por aí a idéia de partilha harmônica de competências na Federação, já que cada entidade federada deve comunicar às demais a arrecadação obtida:

> Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subseqüente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

Disso não descurou a Lei de Licitações, que, em seu artigo 55, §3º, buscando, justamente, repudiar a sonegação, assim dispõe:

> § 3º- No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Esse repúdio à sonegação se confirma com a leitura do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, ao exigir a regularidade fiscal como condição para participar da licitação.

Nesse passo, é relevante esclarecer que as certidões negativas não representam uma presunção absoluta (inafastável) de correção de conduta perante o Fisco. O ônus da prova, como se verá, incumbe a quem alega, já que a Administração não dispõe de meios para disparar tal investigação sem conhecer com profundidade a operação. Aí é fundamental o exercício do direito de participação, fornecendo à Administração os meios para a formulação de sua manifestação de vontade.

4. A LICITAÇÃO PARA A COMPETIÇÃO JUSTA

Visto que a licitação é um processo de competição e tendo por premissa que a livre iniciativa não acolhe a concorrência desleal, é preciso apreciar se, em função do preço artificial, do qual resulta uma vantagem competitiva, resta mantido o equilíbrio do mercado.

Nesse passo, o aspecto **ético** assume fundamental importância quando em jogo o princípio da livre concorrência, valendo trazer os ensinamentos de CALIXTO SALOMÃO FILHO[3]:

> *(...) para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre os concorrentes e verificar se aquele específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.*
>
> *Uma interpretação considerada muito restritiva da liberdade de iniciativa adquire imediato sentido ao se verificar o potencial prejuízo ao consumidor que determinadas condutas podem causar. Assim, por exemplo, mesmo um ambiente de liberdade extremada em relação aos procedimentos de mercado, que considerasse normal nas relações entre concorrentes a utilização de meios artificiais para provocar oscilação de preços de terceiros, reprovaria tal tipo de comportamento se considerasse a perspectiva do consumidor. A utilização de meios artificiais para fazer oscilar preços implica transmitir informação falsa ao consumidor a respeito da utilidade do produto (representado pelo seu preço), levando-o a deixar de adquirir produto que em condições normais compraria. A definição ordo-liberal de concorrência como processo de descoberta das melhores opções de mercado ganha, portanto, aqui, sentido prático.*

[3] SALOMAO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 64.

A utilização do interesse do consumidor como critério de resolução de impasses deve ser, no entanto, cuidadosa. O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em seu destinatário jurídico direto. Muitas vezes é através da proteção da "instituição" concorrência que o seu interesse será protegido.

Outro não é o sentido que se detecta da leitura do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, que assim dispõe:

> Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
>
> I - limitar, **falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência** ou a livre iniciativa; (...)

Antes que se imagine que o tema proposto se submete a outro sistema jurídico, estranho às Licitações, confira-se, mais uma vez, o preciso entendimento de CALIXTO SALOMÃO FILHO[4]:

> ***O sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota, no entanto, nos casos previstos na Lei n. 8.884. Grande parte, se não a maioria das práticas de concorrência desleal, vem prevista como crime de concorrência desleal*** *(art. 195 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 - Novo Código da Propriedade Industrial). O fundamento da previsão de tal tipo de ilícitos é a proteção ao sistema concorrencial ou, dito de outra forma, a* ***proteção da existência da competição****.* ***É necessário garantir o respeito a padrões mínimos de conduta ética****, sem os quais a concorrência necessariamente desencadearia um processo antropofágico de disputa do mercado que, em última instância, levaria à formação daquelas posições de poder tão temidas pelo direito concorrencial. A peculiaridade dos ilícitos de concorrência desleal em relação àqueles atos que visam ao domínio dos mercados é que naqueles, ao contrário desses últimos, não é necessário inquirir da posição de poder que deles poderá advir. É interessante notar que exatamente esse fato revela, de maneira particularmente evidente; aquela independência do momento valorativo jurídico em relação à lógica econômica há pouco mencionada. O* ***valor lealdade da competição é aqui protegido, ainda, que a lógica econômica possa indicar no sentido de que aquele ato específico pouca ou nenhuma relevância tem para o mercado****. A ela se substitui o bom senso jurídico, sugerindo que não basta a criação de padrões mínimos de comportamento leal para que se evite a concentração e a monopolização. Também só com a preservação desses padrões mínimos o mercado será capaz de transmitir informações verdadeiras aos consumidores a respeito de qualidade e preço dos produtos. Assim, pode-se entender a garantia contra a concorrência desleal como uma garantia sistêmica da ordem concorrencial.* (os grifos não são do original)

---

[4] SALOMAO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70-71.

É justamente esse aspecto ético que VICENTE BAGNOLI[5] destaca, citando a definição elaborada por Celso Delmanto:

Na conceituação de Celso Delmanto, *"pode, e deve mesmo, esforçar-se o concorrente na disputa; mas não usar de meios desleais para vencê-la. Por isso, como no esporte, incentiva-se a sua prática, mas procura-se afastar os contendores que não são honestos no embate".*

Prossegue Celso Delmanto dizendo: *"e o que é a concorrência desleal, senão o uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação de competição?"*

No Brasil, a matéria está disciplinada no capítulo VI, Dos Crimes de Concorrência Desleal, do Código de Propriedade Industrial (Lei n° 9 .279/ 96). O art.195, em seus 14 incisos, lista as condutas tidas como crimes de concorrência desleal para quem as comete.

A aplicabilidade desses conceitos ao procedimento licitatório, submetido ao princípio da competitividade, não demanda maior esforço, mas pode ser ilustrada com a lição de REINALDO MOREIRA BRUNO[6], que vislumbra o risco de violação grave do princípio da isonomia:

> *Decorre do **princípio constitucional da igualdade**, e objetiva assegurar que o maior número de interessados efetivamente participem do procedimento e **tornem a competição salutar**, afastando toda e qualquer possibilidade de favoritismo.*

Assim, também deve-se observar a manifestação de Marcelo Palavéri, que singelamente conceitua:

> *Neste sentido, **o princípio da competitividade, que reflete a própria natureza da licitação**, a qual, para os particulares, nada mais é que um processo de disputa para serem os escolhidos pelo poder público, normalmente, para no futuro travarem um contrato.* (os grifos não são do original)

Em defesa da igualdade de oportunidade, mas, também, em defesa da **igualdade de tratamento**, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, em seu parágrafo primeiro, eleva a competitividade à categoria de princípio:

> § 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.

---

[5] BAGNOLI, Vicente. Introdução ao direito da concorrência: Brasil, globalização, união européia, mercosul, ALCA. São Paulo: Singular, 2005. p. 130-131.

[6] BRUNO, Reinaldo Moreira. Recursos do processo licitatório. Belo horizonte: Del Rey, 2005, p. 65-67.

Note-se que o legislador não se limitou às condutas comissivas das autoridades administrativas e dos particulares, reprimindo, também, as condutas omissivas, tais como **admitir** ou **tolerar** situações que frustrem o caráter competitivo do procedimento, tratando, inclusive, como crime no artigo 90 do mesmo diploma legal, que prevê pena de dois meses a quatro anos de detenção e multa, àqueles que frustrarem o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Portanto, em defesa da competição, há que se provocar a manifestação da autoridade administrativa, havendo no Estatuto das Licitações dispositivos que permitem que se objetive o conceito de concorrência desleal por meio do exame dos componentes do preço, de modo a se detectar o preço artificial que a viabiliza, frustrando a validade do procedimento.

4.1. A ANÁLISE DOS COMPONENTES DO PREÇO

O art. 40 da Lei nº 8.666/93, em seu parágrafo 2º, estabelece que constitui um dos anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Logo, se a Administração estivesse desautorizada ou desinteressada de apurar a composição das propostas, não haveria qualquer sentido na existência do dispositivo.

Sobre a relevância de tais anexos, bem como das várias oportunidades para a sua apreciação, comenta JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR[7]:

> *De sua existência e de seu teor os licitantes* ***não poderão*** *alegar desconhecimento, nem, portanto,* ***esquivarem-se de sua fiel observância****, seja na apresentação da documentação de habilitação preliminar, na elaboração da proposta ou na execução do contrato.* (o grifo não é do original)

A conseqüência desse exame é prevista na própria norma, conforme se vê do art. 44, que estabelece que no julgamento das propostas, a Comissão (leia-se, por extensão, também o pregoeiro) levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos na lei, dentre os quais o já citado **princípio da competitividade**. Explicitamente no campo do repúdio ao preço artificial, o parágrafo terceiro do dispositivo em comento é taxativo ao afirmar que não se admitirá proposta que apresente valores **incompatíveis** com os preços dos **insumos**, acrescidos dos respectivos **encargos**.

Ora, os tributos e obrigações sociais e trabalhistas incidentes sobre os insumos e sobre a operação em si representam encargos que devem ser obrigatoriamente considerados no momento da avaliação da validade da proposta.

---

[7] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 433.

O critério para a decisão vem descrito no artigo 48, que é mandatório ao estabelecer que serão **desclassificadas** as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação ou aquelas com preços manifestamente **inexeqüíveis**, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade por meio de documentação que comprove que os **custos dos insumos são coerentes com os de mercado.**

Em sede tributária, social ou trabalhista, os vícios são lesivos tanto aos interesses dos competidores como do Poder Público, devendo ser denunciados tanto pelos licitantes como pela própria autoridade condutora do feito – já que a Administração, ao contrário do Judiciário, não depende de provocação, podendo atuar de ofício. Confira-se o posicionamento de MARÇAL JUSTEN FILHO[8]:

> *Do ponto de vista formal, deve-se verificar se a proposta atendeu ao modelo devido. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é proibido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a forma não é um fim em si mesmo. Mas* ***isso não autoriza ignorar a ofensa a requisitos formais relevantes previstos no ato convocatório****.*
>
> *A decisão acerca da relevância do vício deverá ser solucionada segundo a natureza do interesse tutelado pela exigência. Quando se tratar de* ***ofensa a interesse público****, pronunciar-se-á o vício inclusive de ofício.* ***Se a regra infringida for voltada à tutela do interesse dos competidores, o vício somente poderá ser pronunciado diante de provocação dos interessados****. No seu silêncio, o defeito será considerado sanado. Além disso, podem existir defeitos que não afetam minimamente interesse algum, caracterizando mera irregularidade. Se, na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício).* ***Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse perseguido pelo Estado. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência é causa de desclassificação****. Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência - mormente se inexistiu* ***tempestiva impugnação pelos licitantes****. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as conseqüências da sua omissão.* (o grifo não é do original)

Frise-se que é claro que a autoridade administrativa nem sempre é conhecedora dos meandros da legislação tributária, mormente em questões ligadas à moderna tecnologia, como na oferta de serviços de telecomunicações ou na complexidade da contabilidade de cooperativas. Daí a relevância da **impugnação do edital** e da **apresentação de recursos administrativos**, no legítimo exercício do **direito de petição**, não só para exigir o critério de

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 449-450.

composição dos preços, incluindo os encargos fiscais, trabalhistas e sociais, como para impedir a apresentação de propostas artificiais, como prossegue ensinando MARÇAL JUSTEN FILHO[9]:

> *O edital deverá prever a obrigatoriedade de o licitante declinar informação acerca da elaboração de sua proposta, de molde a permitir um exame objetivo da exeqüibilidade da proposta. (...)*
>
> *A tutela jurídica à concorrência apenas será aplicável* ***quando a redução de preços for*** *instrumento de abuso de poder econômico,* ***consistente na tentativa de destruir a competição*** *para, em seguida, dominar o mercado.* (o grifo não é do original)

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES[10] adverte que a inexeqüibilidade não pode ser presumida, devendo ser demonstrado que o preço não corresponde à realidade dos custos:

> ***Preço*** *- inexeqüibilidade não pode ser presumida*
>
> ***TRF/1ª R. esclareceu:*** *A eventual inexeqüibilidade da proposta vencedora do procedimento licitatório não pode ser presumida. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos.*
>
> *Fonte: TRF 1ª Região. 6ª Turma. AMS nº 2001.34.00.018039-0/DF. DJ 22 set. 2003.*

Feitas tais ponderações, cabe explicitar que o meio para demonstração de que os preços não correspondem à realidade dos custos, em função de não refletirem os encargos correspondentes, é o exercício do direito de petição.

4.2. AS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA CONTENÇÃO NA LICITAÇÃO

Existem na licitação algumas oportunidades de manifestação da irresignação quanto à tentativa de frustração do caráter competitivo do processo seletivo.

4.2.1. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

O pedido de esclarecimentos é o meio menos agressivo de provocação da Administração Pública para exigir o critério de composição dos preços desde a formatação do edital, como um de seus anexos, qual seja, a planilha prevista no

---

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 454, 456.

[10] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vademécum de licitações e contratos. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 558.

art. 40, parágrafo segundo do mesmo diploma legal. O fundamento para tanto está no art. 40, VIII, que estabelece que o edital deve prever os locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, **informações** e **esclarecimentos** relativos à licitação e às **condições** para **atendimento** das **obrigações** necessárias ao cumprimento de seu objeto.

Daí porque, não constando do instrumento convocatório a planilha que se entende obrigatória (e que deve ser preenchida pelo licitante), como instrumento comparativo dos preços e dos cálculos para a sua composição, pode o licitante solicitar esclarecimentos acerca de como a Administração entende deva ser analisada a personalidade jurídica do licitante ou tributada a operação, para fins de formulação de sua proposta.

O problema é que o mero pedido de esclarecimentos, em que pese ser uma técnica diplomática de interação com a Administração, não afasta a preclusão do direito de questionar os termos do edital – o que a lei trata como situação de "decadência".

Daí ser, eventualmente, necessário o uso de instrumentos mais contundentes.

4.2.2. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Em função disso, a opção mais objetiva tem fundamento no art. 41 da Lei nº 8.666/93, que estabelece, em seu § 1º, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação dessa Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. Em homenagem aos princípios da oficialidade do processo e da celeridade, deve a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis.

Para os licitantes, o prazo de impugnação administrativa é um pouco maior, podendo ser apresentada a petição até dois dias antes da data prevista para a sessão pública, como se vê do art. 41, § 2º:

> § 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Alerte-se para o fato de que a preclusão pode atingir a impossibilidade de questionamento de situações relacionadas ao mérito administrativo, mas nunca de legalidade. Daí porque, mesmo nas licitações já em curso, em que a oportunidade de ser impugnado o edital já tenha passado, a comunicação, a representação e o recurso são vias legítimas para se retomar o tema, em homenagem ao princípio da legalidade.

A impugnação não afasta o exercício da faculdade prevista no § 1º do art. 113, que vem a ser a representação ao Tribunal de Contas. Da mesma forma, embora não explicitado na Lei, o direito à ação popular, para impedir a lesão ao Erário ou à moralidade também não resta inviabilizado pela impugnação ou pela sua ausência. Cite-se, ainda, a ação civil pública para defesa da concorrência e do mercado.

4.2.3. RECURSO CONTRA A HABILITAÇÃO CUMULADO COM DIREITO DE PETIÇÃO

A habilitação jurídica é o primeiro requisito apreciado e, no caso de cooperativa, pressupõe o exame da verdadeira condição de cooperativa.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, são estabelecidos os seguintes requisitos documentais para a participação de cooperativas:

I - ata de fundação;

II - estatuto (com ata da assembléia de aprovação);

III - regimento interno (com ata de aprovação);

IV - regimento dos fundos (com ata de aprovação);

V - edital de convocação de assembléia geral e ata em que foram eleitos os dirigentes e conselheiros;

VI - registro da presença dos cooperados em assembléias gerais;

VII - ata da sessão em que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto deste certame, se vencedora;

VIII - relação dos cooperados que executarão o objeto, acompanhada dos documentos comprobatórios da data de ingresso de cada qual na cooperativa.

Não é admitida participação de cooperativas fornecedoras de mão-de-obra, mas apenas as prestadoras de serviços por intermédio dos próprios cooperados.

Já a irregularidade fiscal, ainda que não aparente nos documentos previstos no art. 29 da Lei nº 8.666/93, deve ser denunciada em grau de recurso contra a habilitação do licitante ardiloso, demonstrando-se, por meio das autuações existentes e de documentos que ilustrem o entendimento do fisco, a artificialidade da composição dos preços, incompatíveis com os encargos sobre ele incidentes, de forma lesiva ao Erário.

Para tanto, o fundamento está no art. 109, que prescreve que, dos atos da Administração decorrentes da aplicação da Lei de Licitação cabe recurso, no

prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de habilitação indevida do licitante.

O ideal é provocar a conversão do processo em diligência, para que seja ouvida a autoridade fazendária – perante a qual também pode ser formulada denúncia, com fundamento no direito de petição constitucionalmente previsto – CF, art. 5º, XXXIV, *a*.

Mais uma vez deve se apontar o fato de que ainda que o procedimento tenha ultrapassado tal fase, a ilegalidade não se converte em licitude, podendo ser levado o questionamento a juízo, como bem aponta JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES[11]:

> *Exaurimento da via administrativa - desnecessidade*
>
> *STJ decidiu: Embora exista previsão legal quanto ao cabimento de recurso administrativo do ato que julga a inabilitação do licitante (art. 109, inciso I, letra "a", da Lei n. 8.666/93), não está o mandado de segurança sujeito ao esgotamento da via administrativa, desde que respeitado o prazo decadencial, cujo termo a quo é o da ciência do ato impugnado.*
>
> *"As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa" (MS n. 5.606/DF, Rel. Min. José Delgado, DJU 10.08.1998).*
>
> Fonte: STJ 2ª Turma. RESP nº 512179/ PR. DJU 28 out. 2003. p. 00275.

Não se pode, pois, invocar o conceito de procedimento como conjunto encadeado de atos para criar uma falsa "coisa julgada administrativa" (que, por óbvio, não pode restar sob eterno risco de questionamento, tendo a Lei de Processo Administrativo estabelecido um prazo de cinco anos para tanto).

4.2.4. RECURSO CONTRA A ACEITAÇÃO DA PROPOSTA

O mesmo art. 109 admite recurso, também no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, no caso de julgamento da proposta tida por ilegal por implicar em frustração da competição pelo uso de preço formado artificialmente.

Como apontado acima, a lei estabelece, nos artigos 44, §3º e 48, parâmetros para o recebimento e para aceitação da proposta, determinando a desclassificação daquela que seja incompatível com o edital, ao qual se incorporam as disposições legais (dado que é desnecessário reproduzir toda a

[11] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vademécum de licitações e contratos. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 760.

legislação aplicável à espécie, diante do fato de que a Administração está sujeita ao princípio da legalidade).

Nas licitações em que já tenha sido ultrapassada essa fase, o recurso terá por objetivo a anulação ou revogação da licitação, hipótese em que não haverá efeito suspensivo.

Ressalte-se que o vício de origem, tanto no edital omisso como na habilitação equivocada, produzem efeitos sobre todo o procedimento e sobre o contrato.

4.3. MEDIDAS REGULATÓRIAS E CONCORRENCIAIS

Fora do âmbito do procedimento licitatório, a irresignação contra a competição desleal também poderá ser deduzida perante os sistemas de regulação da atividade e de defesa da concorrência.

4.3.1. A PROVOCAÇÃO DA ANATEL PARA A REGULAÇÃO EXECUTIVA

Conforme se vê do art. 2º, III, da Lei Geral de Telecomunicações, o Poder Público tem o dever de adotar medidas que **promovam a competição** e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários. Isso se reforça diante da redação do art. 6º do mesmo diploma, que estabelece que os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras**, **devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica**.

Para tanto foi criada a Agência Nacional de Telecomunicações, que exerce funções normativas, executivas e judicantes[12], podendo agir de ofício ou por provocação dos agentes regulados.

A petição, devidamente fundamentada com as pertinentes razões de fato e de direito, veicularia um requerimento para a edição de:

a) um **ato normativo**, apto a disciplinar genericamente a situação em exame;

b) um **ato executivo**, coibindo expressamente a prática de preços artificiais, incompatíveis com a natureza jurídica do serviço; isso pode ser provocado apresentando a proposta de interpretação da norma aplicável ao serviço, de modo a que a agência exerça a função de **interpretação regulatória**;

[12] Tema abordado em SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

c) um **ato de regulação judicante**, para a hipótese de vir a ser necessária a penalização das empresas cujas condutas ensejem riscos à liberdade de concorrência, o que poderá, *se for o caso*, constituir motivo para a instauração de um contencioso administrativo perante o CADE.

4.3.2. A INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO CONCORRENCIAL PERANTE O CADE

Conforme se vê do art. 7º da LGT, as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações. Destarte, os atos envolvendo prestadora de serviços de telecomunicações, no regime público ou privado, que representarem infração da ordem econômica, por meio de práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

III.

Por todo o exposto, pode se concluir que a licitação é um procedimento pautado na justa competição, devendo os licitantes e as autoridades administrativas atuar no sentido de que a escolha da melhor proposta se desenvolva em processo administrativo idôneo para tanto.

A tentativa de frustrar tal objetivo é sancionada com responsabilização administrativa e penal, sem prejuízo de reparação de danos na esfera cível e de medidas judiciais de controle da Administração Pública, como o uso da ação civil pública e da ação popular.

A prática de preços incompatíveis com os encargos incidentes sobre a operação subverte a competição, frustrando o atendimento dos princípios da isonomia e da moralidade.

A Lei nº 8.666/93 contém elementos suficientes para se forçar a análise da composição de custos e prevenção da concorrência desleal pela prática de preços artificiais.

Dispõe, ainda, de instrumentos para o licitante provocar tal análise e questionar tanto a omissão quanto a incorreta aplicação da norma. Basicamente, além do direito de petição constitucionalmente assegurado, dispõe o licitante do direito de pedir esclarecimentos ao edital, de impugnação ao instrumento convocatório, quando não contemplarem a previsão de planilhas demonstradoras dos encargos incidentes sobre a operação que se busca contratar, e, ainda, o direito de recorrer tanto contra a habilitação como contra o julgamento do licitante que faz uso de mecanismos para a frustração da competição.

Também a Lei Geral de Telecomunicações e a Lei Antitruste podem ensejar o exame da conduta desleal, respectivamente, pela ANATEL e pelo CADE.

Há, pois, fartura de momentos para questionamento de práticas desleais de competição.

O conceito de procedimento e a previsão constante do artigo 43, §5º da Lei nº 8.666/93 não impedem o exame de fatos supervenientes, que sejam levados ao conhecimento da Administração após os atos já praticados.

Ainda que ultrapassados os momentos processuais indicados, a via judicial está sempre aberta para corrigir as anomalias lesivas ao Erário, à moralidade, à isonomia e à livre concorrência, não se convolando em lícita a conduta beneficiada pela eventual preclusão do prazo para questionamento na esfera administrativa (ressalvada a prescrição qüinqüenal prevista na Lei de Processo Administrativo).

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Marcos Juruena Villela Souto. Concorrência Desleal nas Licitações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível