

Economic Analysis of Law Review

O Princípio Constitucional da Livre Concorrência nos Processos Licitatórios

The Constitutional Principle of Free Competition in the Bidding Processes

Demetrius Nichele Macei¹
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Antonio Stolte²
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Mauro de Paula Branco³
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

RESUMO

O presente artigo científico possui como escopo a verificação da efetivação do princípio da livre concorrência nas licitações, ao aplicar um estudo dialético e dedutivo, na medida em que há a comparação dentro da legislação pertinente aos procedimentos licitatórios para contratação pública, ao mesmo tempo em que visa demonstrar algumas conclusões tangentes aos diplomas legais analisados.

Palavras-chave: Ordem econômica – Constituição – livre concorrência – procedimento licitatório – Lei Geral de Licitações – Lei do Pregão – Lei Complementar 123/06 – Regime Diferenciado de Contratações.

JEL: K14, K42.

ABSTRACT

The present scientific article has as scope the verification of the effectiveness of the principle of free competition in the biddings, when applying a dialectic and deductive study, to the extent that there is the comparison within the legislation pertinent to the bidding procedures for public contracting, at the same time as aims to demonstrate some conclusions tangent to the legal documents analyzed.

Keywords:

R: 13/08/21 **A:** 20/01/22 **P:** 31/12/22

¹ E-mail: demetriusmacei@gmail.com.

² E-mail: stolte2000@gmail.com.

³ Email: maurodpb.adv@gmail.com

1. Introdução

Não há dúvidas de que o tema acerca de realização de obras públicas e aquisição de bens e serviços pelo Poder Público é tema recorrente entre os estudos doutrinários, devido ao impacto que estas relações causam na estrutura administrativa. E não poderia ser diferente, tendo em vista que o erário é alvo de atenção constante, ou assim deve ser, seja pelo controle interno a ser realizado pelo próprio ente público e seus órgãos, seja pelo controle externo, indo este além dos olhos dos Tribunais de Contas e dos Ministérios Públicos, no momento em que passa pelo crivo da própria sociedade na medida em que se busca o melhor aproveitamento dos recursos públicos e a melhor eficiência da máquina estatal para a satisfação da coletividade. Com isso, a importância da prestação adequada vai além das despesas, passando pela eficiência em prol do desenvolvimento social. Diante dessa necessidade e dessa obrigação do Estado em garantir a qualidade em suas obras e aquisições, têm-se por certo que um dos momentos mais importantes e mais delicados é o da escolha daqueles que se prontificam a realizá-los. E estas personagens saem do seio da sociedade. Trata-se, portanto, da escolha de particulares, entidades que provêm da iniciativa privada para realizar a coisa pública. É de se imaginar, assim, que a responsabilidade estatal nestas seleções é muito grande e merece tratamento especial.

Estas escolhas, justamente por haver tal cuidado, não são feitas de maneira aleatória, devendo passar pelos procedimentos administrativos adequados. A magnitude dessas contratações autoriza o Poder Público a estipular critérios de seleção que visem a melhor escolha, atendendo à economicidade e à qualidade do que se contrata. No entanto, estes critérios encontram limites, muitos deles previstos na Constituição Federal, inclusive princípios constitucionais. E é entre estes princípios que se encontra o objeto a ser aqui analisado, que é o princípio da livre concorrência e como este princípio se relaciona com as contratações por meio de procedimento licitatório. Nota-se que quando se fala em concorrência, está a se falar em ordem econômica, matéria esta prevista em um capítulo próprio dentro do Título VII do texto constitucional. E a relação que este guarda com o processo de licitação é muito estreito, tendo em vista que o exercício da concorrência fica por conta dos licitantes, ou seja, dos particulares que se relacionam com o a Administração Pública ou ente público na função administrativa.

Assim sendo, optou-se por dividir o estudo em duas partes, sendo a primeira referente à presença do princípio da livre concorrência na Constituição Federal e no ordenamento jurídico como um todo e em um segundo momento, na aplicação deste nas contratações públicas por meio de procedimento licitatório.

2. O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal de 1988

Uma das primeiras ideias que surge à mente, quando se depara com o termo “concorrência”, é o de existência de competição, seja no âmbito em que for, até mesmo antes de se pensar em relação de mercado. Isso porque a competitividade faz parte do cotidiano, ao menos do modelo atual de sociedade. É sentimento natural presente desde os primeiros anos de vida de uma pessoa até a sua vida profissional, quando esta se vê diante do mercado de trabalho o qual exige dela um bom posicionamento para que possa gozar de uma carreira próspera. Mas o que dizer, então, quando a concorrência entre particulares acarreta grandes efeitos para toda uma coletividade? E quando essa coletividade for composta por milhões de pessoas? Qual o papel do Estado nas relações em que haja um grande campo de competição?

Primeiramente, vale destacar, de maneira sucinta, a evolução do modelo de Estado, tendo como ponto de partida o ano de 1789, com a Revolução Francesa. A ascensão de uma nova classe em decorrência da saturação do absolutismo monárquico, fez emergir um novo modelo

estatal, fundado em novas diretrizes, pelas quais o Estado figurava como mero espectador das relações entre os particulares, sendo estes os verdadeiros detentores dos poderes decisórios concernentes à relação econômica exercida entre eles próprios. Este é o fundamento do Estado Liberal, em que a existência de um Estado mínimo é a tônica e o livre mercado é a sua base. Este modelo, no entanto, não ficou restrito às fronteiras da França, sendo incorporado por outros países que também passam a adotar os seus fundamentos como alicerce econômico. A partir de então, o mundo estava preparado para suportar um sistema no qual a própria sociedade seria capaz de determinar as suas regras de mercado, fazendo com que este se desenvolvesse pela seleção natural da oferta e da procura. Ocorre que os efeitos desse novo sistema em pouco tempo começaram a pesar na estrutura do próprio Estado, à medida que começou a se evidenciar o distanciamento entre as camadas sociais muito mais profundas que em momentos anteriores. Se existem efeitos, necessariamente existem também as suas causas. Passou-se a verificar que a disparidade entre classes era causada, entre outros fatores, pela detenção desequilibrada do poder econômico, com o crescimento acelerado de riquezas de um lado e do padecimento de pequenos produtores e pequenos comerciantes de outro. Sem dúvidas, toda vez em que há um descompasso de proporções estatais, a coletividade é capaz de sentir, pois cada indivíduo exerce a sua influência na estrutura econômica de um país. E não foi diferente no modelo liberal, o que desencadeou uma necessidade de readequação da função estatal.

Com a desigualdade social em evidência, o nascimento do modelo de Estado Social surge com naturalidade, ocorrendo o re-fortalecimento do Poder Público, que toma para si as rédeas das relações econômicas entre particulares, despontando ainda, em situações específicas, ele próprio como explorador de atividade econômica. A partir desse modelo, o cunho assistencialista ganha força, notando-se a clara diminuição do poder regulamentador do particular nas relações econômicas.

Pergunta-se, em face dessa realidade e trazendo o foco para o ordenamento jurídico brasileiro vigente, qual a essência da Constituição Federal de 1988, o que obriga o intérprete a fazer uma análise teleológica e topográfica do texto constitucional. Não restam dúvidas de que o constituinte, ao apresentar o rol de direitos fundamentais do artigo 5º, preocupou-se em assegurar os direitos inerentes à sociedade, colocando-os inclusive dentro do núcleo rígido e imutável do texto constitucional, o que demonstra ser esta uma Constituição social. O que não significa que não possua cunho liberal, pois em diversos pontos garante ao particular o exercício da atividade econômica dentro dos limites por ela estabelecidos. É assim que se verifica o tratamento dado à ordem econômica e financeira, a qual mereceu um título próprio (Título VII), o qual trata em seu Capítulo I dos princípios gerais da atividade econômica. Assim, o artigo 170, em seu artigo 4º, prevê o princípio da livre concorrência, objeto do presente estudo, da forma em que segue⁴:

“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:

...

IV - livre concorrência;”

Antes de prosseguir com a análise do dispositivo supracitado, é de extrema importância salientar logo no artigo 1º da Constituição de 88, surge no inciso IV como princípio fundamental

⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

a livre iniciativa. Tendo em mente que o princípio da livre concorrência decorre da livre iniciativa, vê-se reforçada a garantia da competitividade como princípio fundamental. Entretanto, cabe aqui estabelecer quais os parâmetros estabelecidos no texto constitucional para que não haja o exercício exacerbado da livre concorrência, de modo a frustrar a sua própria garantia.

Dessa forma, cumpre destacar qual a justificativa e quais os objetivos que se pretendem com a invocação deste princípio. O caput do artigo 170 deixa claro que a ordem econômica busca proporcionar a existência digna por meio da valorização do trabalho e da livre iniciativa. Em seguida, elenca os princípios que lhe auxiliarão nesta tarefa, entre eles, no inciso IV, o princípio da livre concorrência. Para Luis Roberto Barroso, os princípios trazidos neste dispositivo atendem a uma classificação (BARROSO. 2001. p. 187) didática que os divide em princípios de funcionamento e princípios-fins, cabendo à livre concorrência exercer o papel de funcionamento, enquadrando-se, portanto, no primeiro grupo de princípios. Fica nítida a importância que o autor trata este princípio e o princípio da livre iniciativa (BARROSO. 2001. p. 191) quando se manifesta no seguinte sentido:

Penso ser preciso conceder que, em situações excepcionais, o controle prévio de preços poderá justificar-se com fundamento nos próprios princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Será este o caso quando esta medida extrema for essencial para reorganizar um mercado deteriorado no qual estes dois princípios tenham entrado em colapso e não mais operem regularmente. De qualquer sorte, ainda nesta hipótese, o controle de preços somente será considerado legítimo se obedecer a um conjunto de pressupostos.

Assim, entende-se que a livre concorrência ganha posição de destaque, no que tange a estrutura da ordem econômica. Todavia, não basta haver a sua previsão constitucional se o Estado mantiver uma postura que venha a limitá-lo sem as devidas necessidades. Nesta esteira, Carlos Emanuel Joppert Ragazzo destaca (RAGAZZO. 2006. p. 85):

Um Estado excessivamente intervencionista não dá oportunidade para que o mercado possa se auto-regular. E, dentro desse contexto, um modelo que garanta a livre concorrência não só se torna ineficaz, mas principalmente sem sentido. As forças de mercado são manipuladas pelo Estado e não atingem os benefícios que tipicamente decorrem de um modelo concorrencial, normalmente regido por agentes econômicos privados. Retornando à questão dos benefícios, é consenso em diversos países que a economia de mercado com a garantia de livre concorrência é a melhor forma de maximizar o bem-estar social.

Deve-se, no entanto, tratar com extrema delicadeza a questão dos limites impostos à livre concorrência, pois o que foi trazido até agora não pode servir de fundamentação para práticas que violem a própria atividade concorrencial. Diante disso, o artigo 173, § 4º da Constituição Federal surge como garantidor da não violação do princípio quando afirma que devem ser, por força da lei, reprimidos quaisquer abusos do “poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. Portanto, os dispositivos 170 e 173, § 4º da Constituição Federal devem ser lidos em consonância. De acordo com Alexandre de Moraes (MORAES. 2007. p. 1994):

Da conjunção dessas duas normas constitucionais, o intérprete deve concluir pela existência da possibilidade de intervenção estatal na economia, seguindo-se os parâmetros de legalidade, quando houver necessidade de defesa de interesse público, inclusive para combater o abuso do poder econômico e assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica.

Eros Roberto Grau vai além (GRAU. 2017. p. 205):

“Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do artigo 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado está organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural”.

Esta conclusão de fato condiz com a verdadeira função do princípio, tendo em vista que a sua previsão existe em decorrência do risco que se vislumbra na lógica mercadológica. Quer dizer que, mais do que voltada diretamente para a satisfação do consumidor, surge como prerrogativa para se coibir práticas abusivas por aqueles mesmos a quem se destinam, como se possuísse uma dupla função de garantia e de zelo.

Pode-se concluir, com o exposto até aqui, que o princípio da livre concorrência ganha destaque no âmbito da ordem econômica nacional, o que se comprova com a sua elevação à princípio constitucional essencial para o equilíbrio da atividade econômica. Isto posto, cumpre agora verificar como o princípio constitucional da livre concorrência se faz presente nos processos licitatórios.

3. A Efetivação do Princípio da Livre Concorrência nos Processos Licitatórios

Evidenciada a importância do princípio da livre concorrência no ordenamento jurídico nacional, sendo por mais de uma vez previsto na Constituição Federal, passa-se agora a verificar a sua observância no tocante às contratações públicas, as quais, via de regra, são precedidas por licitação.

Isso porque as contratações públicas, que visam à realização de obras públicas ou a aquisição de bens e serviços, seguem rituais publicísticos essenciais para as suas concretizações, asseguradas as exceções previstas em lei. E são estes diplomas legais que disciplinam as contratações realizadas pelo Poder Público que devem garantir, através dos instrumentos adequados, a preservação dos princípios constitucionais e do Direito Administrativo. Para tanto, certos rituais devem ser obedecidos. Antes de adentrar na aplicação do princípio da concorrência nestes certames, é necessário que se traga o conceito de licitação, para que possa ficar devidamente elucidado o contexto em que se pretende aplicá-lo. Trata-se da possibilidade gerada por determinado ente público a todos os particulares interessados, e que venham a preencher os requisitos mínimos exigidos, de celebrar contrato, mediante a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (ou ente público no exercício da função administrativa). Para que se possa realizar esta convocação aos interessados, chamados de licitantes, diversos atos, como já dito, devem ser observados. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da licitação como procedimento administrativo (DI PIETRO, 2015. p. 408), assim leciona:

Ao falar em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

É fundamental, para que se possa prosseguir com o estudo, que se entenda que existe uma complexidade de atos a serem observados, para que fique claro que a competitividade, que dá vida ao princípio da livre concorrência, sozinha não é capaz de transformar o plano de se fazer determinada contratação em realidade. Por outro lado, mostra-se peça fundamental nesta engrenagem que movimenta o procedimento licitatório. Portanto, fica fácil de observar nas palavras da autora acima transcritas, que embora a concorrência não opere sozinha, ela se faz presente no momento anterior à contratação, que é justamente o momento de escolha do licitante que melhor cumpre com o intento da Administração contratante. E demonstra-se óbvio que a contribuição a que se refere por parte da Administração e que está diretamente ligada ao princípio da concorrência se dá pela confecção de um **edital** bem elaborado, enquanto a contribuição do particular ocorre no momento em que apresenta uma **proposta** satisfatória.

A questão é que a legislação pertinente ao tema não está restrita a um único diploma e, mais do que isso, cada lei⁵ apresenta pontos fundamentais e que tocam de maneira bastante consistente a competitividade garantida pela livre concorrência. Ainda assim, existem princípios gerais da licitação que estarão presentes em qualquer procedimento licitatório, independentemente da modalidade que esteja sendo utilizada. São alguns deles: princípios da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, entre outros. Dentre estes, alguns merecem destaque, quando se trata de relação concorrencial.

O primeiro princípio a ser destacado é o da igualdade, pois é através dele que se garante que todo procedimento licitatório válido deve preservar a isonomia entre os licitantes, observando, quando couber, a discriminações positivas que garantam equiparação entre desiguais. O tratamento isonômico visa a manutenção da competitividade. Além deste, tem-se ainda o princípio da impessoalidade, que guarda forte vínculo com os princípios da igualdade e do julgamento objetivo. Seguindo, destaca-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, diante do qual, na sua inobservância o procedimento se torna nulo, sendo que os parâmetros elencados no edital e que devem garantir a competitividade. E também o princípio do julgamento objetivo, diante do qual a concorrência não deve se frustrar por escolhas aleatórias ou tendenciosas, de modo que o objeto licitado atenda a critérios objetivos de escolha.

Importante destacar que, embora esteja a se falar em aplicação do princípio da livre concorrência nos procedimentos licitatórios, o Poder Público, por vezes, realiza as suas contratações de forma direta, quando houver autorização legal para assim fazer pela impossibilidade ou pela inconveniência de se realizar procedimento licitatório. São os casos de inviabilidade e de dispensa de licitação, sobretudo disciplinadas nos artigos 24 e 25 da Lei 8666/93. De qualquer maneira, o objeto de análise neste momento são os processos em que há a necessidade de realização do certame.

3.1. A Livre Concorrência na Lei Geral de Licitações

Volta-se a atenção, agora, para a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, como ficou conhecida a Lei 8.666/93, pois a partir desse ponto poderá ser abordada a livre concorrência de maneira mais direta, uma vez que a própria lei refere-se à competitividade em determinados dispositivos.

⁵ Para efeitos de estudos, as leis tratadas no presente artigo se restringem à legislação federal, ainda que Estados, Municípios, entes da Administração Pública Indireta entidades prestadoras de serviços públicos, como os serviços sociais autônomos, possa ter leis específicas para disciplinar o tema.

O *caput* do artigo 3º da Lei traz de forma explícita os princípios tratados no ponto anterior, frisando que a licitação deve preservar o princípio da constitucional da isonomia, o qual, como visto, também assegura a livre concorrência. Assim, vale colacionar (REIS. 2015. p. 55) o seguinte informativo de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, de 2013:

“Adoção de critérios de regionalização em licitações deve ser precedida de estudos que comprovem a sua vantajosidade, à luz do artigo 3º, *caput*, da Lei 8.666/93

(...) Analisando o ponto, o Relator anotou a semelhança do ponto anterior, que ‘a falta de justificativa objetiva da escolha do modelo deixa dúvida quanto à vantajosidade notadamente esperada da licitação’. Nesse passo, consignou a necessidade de se notificar o FNDE que a ‘adoção de critérios de regionalização deve ser precedida de estudos que comprovem a sua vantajosidade’ (...)

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 157 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1592/13 – Plenário, TC 001.605/2013-5, Rel. Min. Valmir Campelo, 26/06/2013)

O artigo 3º, § 1º, I da Lei⁶, que prevê que:

“É vedado aos agentes públicos 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 do domicílio dos licitantes, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Para ilustrar a vedação trazida pelo dispositivo supracitado, segue a seguinte decisão:

Nas licitações para o fornecimento de vale refeição e vale alimentação, é ilegal, nos termos do artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, a exigência de que os licitantes mantenham rede credenciada em todo o território nacional, notadamente quando normas internas do órgão licitante prevejam indenização de despesas com alimentação nos deslocamentos de funcionários para fora da localidade onde deve ocorrer a execução dos serviços

(...)

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 157 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1623/13 – Plenário, TC 007.030/2013-4, Rel. Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26/06/2013)

As decisões acima transcritas são de grande contribuição para a demonstração da importância da preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório disciplinado pela Lei Geral de Licitações.

No entanto, existem críticas acerca da efetiva competitividade proporcionada pelo referido diploma legal. A começar por Marçal Justen Filho, que não critica a falta de competitividade em si, mas à forma como se colocam as restrições, as quais podem levar a uma equivocada interpretação quanto aos motivos da previsão do artigo 3º da Lei (JUSTEN FILHO. 2009. p. 80. Em face disso, o autor assim aponta:

O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada, não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para

⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm
EALR, V. 13, nº 3, p. 3-13, Out-Dez, 2022

atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.

Para o autor, deve portanto haver uma cautelosa interpretação do artigo 3º, pois uma rápida leitura pode levar a um entendimento equivocado. Já Carlos Ari Sunfeld, no primeiro capítulo da obra *Contratações Públicas e seu Controle* (SUNDFELD. 2013. p. 15), tece severas críticas quanto à Lei 8666/93 e suas intenções quanto aos critérios de seleção dos licitantes a formalizarem contrato com a Administração Pública. Isso porque acredita que a Lei Geral de Licitações foi cunhada de maneira a limitar e a direcionar a competição dentro do processo licitatório, o que acabaria por afrontar aquilo que ela mesma prevê no artigo 3º, §1º, inciso I, que é a vedação da restrição da competitividade. A concorrência, segundo ele, é prejudicada pela redação da Lei. E faz os apontamentos de maneira contundente quando afirma que o texto da lei foi forjado para favorecimentos, asseverando:

A Lei de 1993, filha do lobby de empreiteiras emergentes de obras públicas (isto é, de empresas médias já atuantes no mercado público de obras de engenharia), regulamentou a disputa de modo a dificultar o acesso de empresas novas a esse mercado. Isso porque a lei exigiu a demonstração de experiência anterior em contratos similares como requisito básico para participação e não deu espaço para alternativas. De outro lado, a lei limitou as vantagens das grandes empresas ao impor como regra o parcelamento das obras, de modo a que pudessem ser atendidos vários fornecedores de porte médio. Ademais, a lei só previu procedimentos presenciais, e com isso favoreceu certa regionalização da disputa pelos contratos, pela dificuldade prática de empresas de fora comparecerem pessoalmente aos atos do processo.

Mas talvez o ponto principal para o qual o autor chama a atenção, e aí sim ponto este que pode ser observado de forma objetiva, diz respeito à fase de habilitação como sendo a primeira fase no momento do julgamento, o que restringe de maneira bastante ampla o número de participantes, pois as propostas pelos não habilitados sequer são analisadas. O que só ganhou novos contornos com o advento da Lei 10.520/02, a qual será tratada a seguir.

3.2. O Princípio da Livre Concorrência na Lei do Pregão

Carlos Ari Sunfeld frisa que a disputa ampla só pôde ser vislumbrada com o surgimento do Pregão, no qual, segundo afirma, proporciona-se a guerra, em contrapartida à disputa contaminada da Lei 8.666/93. Para o autor, “a Lei do Pregão viria a se opor radicalmente a esse modelo, atacando de frente algumas de suas características limitadoras” (SUNDFELD. 2013. p. 23), sendo que esse modelo “levou a uma forte ampliação do número de participantes e a uma guerra de preços, com impacto significativo na economia de recursos públicos”.

A característica, sem dúvida, mais marcante na modalidade Pregão (nada mais é do que uma modalidade de licitação) é a inversão da fase de julgamento, ficando a fase de habilitação para momento posterior à apresentação de propostas, o que leva ao seu principal efeito, que é a celeridade do processo licitatório. A fase de lances ocorre antes da habilitação, o que gera economia de tempo, na medida em que só se verifica a habilitação daquele licitante que superar a fase de lances. Mas do ponto de vista concorrencial, esta inversão de fases também garante a efetivação, se não plena, ao menos mais concreta, de uma real presença do princípio da livre concorrência. Principalmente quando se trata de Pregão eletrônico, pois nesse, a regionalização cai por terra, pois qualquer interessado, independentemente de distância geográfica, pode participar como licitante sem a oneração exacerbada, que por muitas vezes inibe a sua participação nos certames os quais possui interesse em participar.

Jair Eduardo Santana explica que a inversão das fases de habilitação e de apresentação das propostas de preços é o grande ponto positivo da Lei do Pregão (SANTANA. 2009. p. 45):

O fato de a habilitação ocorrer apenas ao final permite que se realize todo o certame para, somente após findas as fases de proposta e de habilitação, se interponem recursos, não havendo quebra de procedimento, tal como pode ocorrer em havendo licitantes não habilitados que recorram da decisão da comissão, nas demais modalidades previstas na Lei 8666/93.

Estas características parecem reforçar o princípio da livre concorrência, pois deve sempre ser lembrado que este princípio visa, além de possibilitar a participação na atividade econômica, coibir práticas que impeçam o justo exercício negocial próprio do mercado. Vera Scarpinella afirma (SCARPINELLA. 2003. p. 120):

Na ordem prevista na Lei 8666/93 a fase de habilitação precede a de julgamento e é um verdadeiro gargalo na licitação, onde os diversos proponentes aproveitam o momento para tumultuar o processo com a interposição de recursos protelatórios cujo efeito, ex lege, é suspender o andamento do procedimento. Somente depois da decisão a respeito de todos os documentos de habilitação é que o procedimento segue para a fase de julgamento. Apenas os proponentes habilitados é que terão suas propostas consideradas para fins de classificação.

Entende-se que este tipo de prática coíbe a livre concorrência, tendo em vista que determinado proponente que poderia sanear eventual falta de certidão, por exemplo, é tirado do certame já na fase anterior ao julgamento, ainda que a sua proposta seja a mais vantajosa, mas que jamais será conhecida. Assim, o que em um primeiro momento pode parecer a efetivação do princípio da livre concorrência, pode na verdade ser a sua frustração, pois na verdade a concorrência passa a ser desordenada. Nesse sentido, o Pregão, preferencialmente eletrônico, parece ser mecanismo mais adequado, em comparação à Lei Geral de Licitações para a melhor aplicação da livre concorrência.

3.3. Princípio da Livre Concorrência na Lei Complementar 123/06 (Lei das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e Regime Diferenciado de Contratação)

Aqui reside uma grande efetivação do princípio da livre concorrência, quando se opta por tratar o desigual de maneira desigual, visando o equilíbrio da isonomia, e conseqüentemente da concorrência. Neste diploma, as microempresas e as empresas de pequeno porte passaram a deter alguns privilégios, servindo como exemplo a preferência no critério de desempate na fase de lances, justamente por serem consideradas hipossuficientes em face de médias e grandes empresas. Essa talvez seja a maior expressão da efetivação do princípio da livre concorrência, ficando evidente que o legislador procurou de forma lúcida trazer estas empresas ao páreo, no que tange a contratações públicas.

Por fim, faz-se menção ao chamado regime diferenciado de contratação, o RDC, criado para as obras da Copa do Mundo de Futebol e das Olimpíadas realizadas no Brasil e para o Programa de Aceleração do Crescimento. Neste modelo, foi possibilitada a indicação de modelo, que segundo Alan Garcia Troib, “deve ser sempre acompanhada de justificativa técnica que explique o motivo de determinado bem ter sido escolhido e porque somente ele pode atender à necessidade da Administração” (TROIB. **JUSTEN FILHO**. 2013. p. 115). Isto parece ser o mínimo para que não se corra o risco de limitar o princípio da livre concorrência sem a utilização de critérios. A regra, por si só, já causa certo temor. Mas como está vigente, que seja aplicada com a devida responsabilidade.

4. Considerações Finais

Não restam dúvidas de que o princípio da livre concorrência ganha papel de relevo no ordenamento jurídico, quando está a se falar da ordem econômica nacional, o que se comprova pelo tratamento que lhe é dado pela Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, este princípio se demonstra inequivocamente essencial para o desenvolvimento da sociedade, por esta ter a sua economia pautada na lógica mercadológica vigente no cenário mundial. No entanto, em se tratando de relação entre particulares, com interferência estatal reduzida, o exercício da atividade econômica caminha por si só, o que faz com que ela mesma exerça o controle de mercado.

No entanto, quando o Estado surge como personagem central dessa ordem, o risco de se ver frustrada a concorrência eleva-se a um patamar mais elevado. Se é vedado ao particular aquelas práticas que impeçam ou reduzam a concorrência, com o Poder Estatal não pode ser diferente, seja como praticante de atividade econômica, para aqueles casos constitucionalmente previstos, seja quando desponta como ente regulador da economia. Por esse motivo é que, se os procedimentos licitatórios emanam do Poder Público, ainda que para regular a competitividade entre licitantes, logo, entre os particulares, cabe a ele zelar pelas garantias constitucionais. O que fica claro, é que dependendo da legislação aplicável aos processos de licitação, o princípio constitucional da livre concorrência efetiva-se com intensidade variável. Parece haver, até aqui, uma evolução legislativa no sentido de se preservar o modelo concorrencial nas contratações para realização de obras públicas e de aquisição de bens e serviços.

Mas como se sabe, o ordenamento jurídico é dinâmico e, ao menor sinal de mudança no comportamento de mercado, combinado com interesses alheios à satisfação da coletividade, pode surgir uma readequação do entendimento a ser dado à livre concorrência. O que se espera, no entanto, é que objetivo central do Estado de Direito seja salvaguardado, de modo que o foco nunca vá em direção contrária ao interesse público.

5. Referências

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, p. 187-212, 2001.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**, v. 10, p. 83-96, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e Seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TROIB, Alan Garcia. A Indicação de Marcas no RDC. In: JUSTEN FILHO, Marçal.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REIS, Luciano Elias. **Licitações e Contratos: um guia da Jurisprudência.** Curitiba: Negócios Públicos, 2015.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.