



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

RAFAEL PACHECO DA SILVA COSTA

A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE
REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL

Rio de Janeiro
2016

RAFAEL PACHECO DA SILVA COSTA

**A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE
REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Marcelo Pereira de Almeida

Professora Coorientadora: Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2016

RAFAEL PACHECO DA SILVA COSTA

**A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE
REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 20____.

BANCA EXAMINADORA:

Des. Claudio Brandão de Oliveira
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dr. Marcelo Pereira de Almeida
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Àquele que está assentado no trono e ao Cordeiro (Ap. 3:15)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, autor da minha vida e da minha fé.

Agradeço a Laila, minha esposa, em especial pela sua paciência e pelo seu apoio, indispensáveis e incondicionais durante essa jornada que foi passar pela Emerj. E aos meus filhos, João Davi e José Miguel, por terem suportado e compreendido os momentos em que não pudemos estar juntos como gostaríamos.

Minha imensa gratidão à minha família e aos meus amigos, fonte de boa parte da minha inspiração e do meu entusiasmo.

Aos meus companheiros diários da Diretoria de Licitações e Contratos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que me ajudaram a tornar menos tormentosa a missão de estudar e trabalhar simultaneamente.

A todo o corpo docente e de profissionais da Emerj, cujas competência e seriedade fizeram brotar em mim a convicção da escolha certa em ter feito de lá meu local de estudos por três anos.

Meu muito especial agradecimento ao Setor de Monografias da Emerj, o qual integra a querida e sempre solícita Anna Dina Vinciguerra.

À minha coorientadora, Prof. Néli L. C. Fetzner, sem cujo apoio e incentivo a chegada até aqui teria sido muito mais difícil. A cada reunião com ela, lembro-me de sair renovado e cheio de novas ideias.

Ao Prof. Marcelo Pereira de Almeida, pelas orientações, críticas e apontamentos, fundamentais para a correção jurídica deste trabalho.

SÍNTESE

O presente trabalho tem por objetivo analisar as relações entre os institutos da licitação e da regulação, em suas perspectivas social e econômica. O intuito é, basicamente, o de demonstrar como a licitação pode ser reconhecida na seara jurídica de modo muito mais eficiente e vasto do que as tradicionais lentes podem enxergar; apresentar um tema que geralmente é associado a escândalos de corrupção e malversação dos recursos públicos sob outro ângulo, voltado para o bem social e o desenvolvimento econômico.

A par de tudo isso, busca-se estabelecer quais os limites norteadores do adequado manejo das práticas regulatórias, de modo a neutralizar eventuais conflitos com o sistema jurídico, em especial com a proporcionalidade e, conseqüentemente, com a legalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O ESTADO REGULADOR	11
1.1. Histórico: do Estado Liberal ao Estado Regulador	11
1.1.1. O Estado Liberal: a conquista da liberdade e da propriedade privada	11
1.1.2. O Estado Social: o provedor dos direitos sociais	12
1.1.3. O Estado Regulador ou Gerencial: a alternativa ao agigantamento estatal.....	13
1.2. Objetivos	17
1.3. Características	18
1.3.1. A descentralização: o Estado distribuindo suas funções	18
1.3.2. A deslegalização: diversificação das fontes produtoras de normas.....	19
1.3.3. A eficiência: seu conteúdo e como alcançá-la.....	20
1.3.4. O gerenciamento: garantia da eficácia das práticas regulatórias.....	21
2. A FUNÇÃO REGULADORA	23
2.1. Noção e conceito: identificação da função reguladora dentre as funções estatais	23
2.2. Características	26
2.3. Instrumentos de regulação	27
2.3.1. A intervenção: correção e prevenção de resultados indesejáveis	27
2.3.2. A fiscalização: a questão da efetividade.....	29
2.3.3. O planejamento: o combustível da eficiência.....	30
2.3.4. A consensualidade: a Administração dialógica.....	31
2.3.5. Os atos e contratos administrativos	33
3. LICITAÇÃO PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES	35
3.1. Noção e conceito	35
3.2. Modalidades: análise normativa	36
3.3. Princípios: gerais e setoriais	38
4. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA	42
4.1. Critérios de desempate e margens de preferência	42
4.2. Promoção do desenvolvimento nacional sustentável	44
4.3. Correção de falhas de mercado	46
4.4. Tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte	48
4.4.1. Prazo para regularização da documentação relativa à situação fiscal	49
4.4.2. O empate fictício em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte.....	51
4.4.3. Licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte.....	52
4.4.4. Exigência de subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte	52
4.4.5. Reserva de cota do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.....	54
4.4.6. Prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.....	55
4.5. Rejeição de determinadas marcas de qualidade comprovadamente baixa	56

5. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO SOCIAL	62
5.1. Inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.....	62
5.2. Aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica	65
5.3. Celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais	65
5.4. Contratação de cooperativas ou associações de catadores de materiais recicláveis..	71
5.5. Contratação de serviços para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos.....	73
5.6. Proteção ao menor contra modalidades de trabalho constitucionalmente vedadas..	74
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	78

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico encontra-se bem delineado em seu título: a licitação pública numa perspectiva instrumental de práticas regulatórias. O que se pretende aqui demonstrar é que a licitação pode e deve servir para algo mais além de sua função tradicional, ou seja, para regular o mercado e alguns aspectos da vida em sociedade, assumindo, com isso, uma função atípica, denominada regulatória.

A visualização de um assunto sob ponto de vista diverso do habitual, portanto, é o combustível que alimenta o tema do presente ensaio, que tangencia tópicos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Como regra, a licitação é vista como um procedimento de que lança mão a Administração Pública quando pretende comprar ou alienar bens e contratar serviços ou obras, tendo como parâmetros a preservação da isonomia entre os competidores e a obtenção da melhor proposta. Trata-se da função típica da licitação.

Ressalte-se que a todo o tempo se fala em licitação por se tratar de vocábulo de amplo espectro. No entanto, o leitor perceberá que o texto cuidará tanto dos casos em que se verifica o procedimento licitatório formalmente disposto na lei, quanto os casos em que a licitação é dispensada pela lei.

Depreende-se, pois, com certa facilidade a relevância do tema, pois a proposta é analisar o dever de licitar como política pública, isso é, como meio de inibição ou de fomento de determinadas condutas, desejáveis ou não em termos econômicos e sociais.

Ao final da leitura dos capítulos que se seguem, portanto, o leitor terá acessado um vasto, embora não exauriente, panorama de instrumentos por meio dos quais a licitação revelar-se-á valiosa em todas as suas possibilidades.

Uma questão problemática permeia o tema a todo o tempo: como conciliar essa visão diferenciada da licitação com a proporcionalidade, de modo a manter o intuito regulatório sem

afrontar a legalidade? Em outras palavras: até onde pode ir, legitimamente, o administrador público que pretenda se valer da função regulatória da licitação? A resposta virá caso a caso, ao longo do texto, que está fracionado em cinco partes. As três primeiras dedicam-se a estabelecer os principais pressupostos teóricos à adequada compreensão do tema protagonista do trabalho, que é efetivamente enfrentado nas duas últimas partes.

O primeiro capítulo apresenta o modelo de Estado em que está inserida a perspectiva regulatória: regulador ou gerencial. Traça-se inicialmente um breve histórico, desde o modelo liberal de Estado, passando pelo social, até chegar ao gerencial. Apresentam-se também nessa primeira parte os objetivos e as características do Estado Regulador: a descentralização, a delegalização, a eficiência e o gerenciamento.

O segundo capítulo trata da Função Reguladora, seu conceito, suas características e os instrumentos de regulação de que deve se valer o Estado sob o modelo gerencial: a intervenção, a fiscalização, o planejamento, a consensualidade e os atos e contratos administrativos.

O terceiro capítulo encerra o rol de conteúdos propedêuticos, com resumidas linhas acerca da licitação, sua noção, as modalidades previstas em lei e a principiologia aplicável.

O quarto capítulo cuida especificamente da relação entre a licitação e a regulação econômica, por meio da enumeração das principais questões atinentes ao assunto, como a correção de falhas de mercado e o tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte.

O quinto e último capítulo traz a regulação social associada à licitação. Analisam-se diversas situações fáticas por intermédio das quais se consegue visualizar com clareza o potencial regulatório social da licitação. São exemplos a proteção ao menor contra modalidades de trabalho constitucionalmente vedadas e a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho levou em conta, principalmente, doutrina específica sobre a matéria contida em livros, capítulos de livros e artigos publicados em periódicos especializados. Além disso, recorreu-se à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais locais.

Quanto ao aspecto metodológico, os dados são abordados sob viés qualitativo, o traço predominante é o descritivo, embora se possa identificar também algum objetivo explicativo.

1. O ESTADO REGULADOR

A simples leitura da expressão conceitual Estado Regulador sugere ser aquele Estado estruturado sob a perspectiva da regulação, aqui compreendida como uma técnica administrativa, cujos contornos serão adiante delineados. O surgimento desse modelo de Estado, seu escopo e suas características – tudo isso será objeto de análise a seguir, neste capítulo.

1.1. Histórico: do Estado Liberal ao Estado Regulador

O Estado Regulador surge do que se pode denominar de evolução dos modelos liberal e social. O que se observa ao se percorrer o caminho dessa evolução é que, com a implementação de um padrão, as demandas sociais se diversificam e se ampliam, exigindo-se a instauração de um novo paradigma, mais adequado e eficaz a determinado momento histórico.

1.1.1. O Estado Liberal: a conquista da liberdade e da propriedade privada

O Estado Liberal, modelo vigente desde o fim do absolutismo monárquico até a virada entre os séculos XIX e XX, estabeleceu-se exatamente como oposição àquele regime autoritário. Percebeu-se a necessidade de se limitar o poder do Estado sobre os cidadãos, de modo a garantir a estes últimos o exercício de direitos básicos, como a liberdade e a propriedade privada.

E foi especialmente por meio da separação de poderes que se alcançou o objetivo de implantar o Estado Liberal. A relevância desse princípio foi assim pontuada por Paulo Bonavides:

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.¹

Nota-se, claramente, o contraponto ao absolutismo, na medida em que, nesse novo Estado, o governante não mais se apresenta como aquele ao qual todos deveriam servir, mas sim como aquele que, com poderes limitados por uma constituição, teria como função precípua servir ao seu povo, possibilitando-lhe o gozo dos direitos fundamentais.

Por essa razão é que se costuma dizer que, no modelo liberal, o Estado assume um papel absenteísta, ou seja, pautado em uma postura negativa em relação aos cidadãos, caracterizada por um não fazer, que abriria espaço para a liberdade e para o direito de propriedade.

1.1.2. O Estado Social: o provedor dos direitos sociais

Apesar de representar um considerável avanço em relação ao Estado Absolutista, o Estado Liberal, aos poucos, demonstrou-se incapaz de efetivamente prover dignidade – resultado de sua postura meramente omissiva.

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.²

¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

² *Ibid.*, p. 188.

O Estado Social surge nesse contexto, por volta do meado do século passado, exatamente a partir da demanda por uma conduta positiva, consistente num atuar efetivo do Estado, visando a prover a população dos denominados direitos sociais, tais como saúde, educação e alimentação.

Importante registrar que, nesse estágio, o Estado se agiganta, pois, além de garantir o exercício dos direitos fundamentais, ainda assume um papel de provedor dos direitos sociais. “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.”³

Além disso, o Estado Social assume diretamente alguns papéis econômicos, atuando com o objetivo de abrandar distorções do mercado e de promover o amparo dos que estavam marginalizados do progresso econômico⁴.

1.1.3. O Estado Regulador ou Gerencial: a alternativa ao agigantamento estatal

As crises do petróleo da década de 1970, aliadas à crise fiscal em que se viu imerso o Estado Social, levaram à estagnação desse modelo. Constatou-se que o Estado trouxe para si atribuições demais, incompatíveis com suas limitações de receita; imiscuiu-se em setores para os quais não era dotado da necessária competência, esta compreendida por aptidão mesmo e não por alçada formalmente prescrita.

Enfim, o cenário que se vê no último quarto do século XX é um Estado quebrado, que passou a ser associado a uma estrutura apartada da eficiência, morosa, burocrática e corrupta⁵.

³ Ibid., p. 203.

⁴ A observação é de Luís Roberto Barroso, na Introdução da obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 17.

⁵ Ibid., p. 18.

Era necessário um novo modelo, que, ao mesmo tempo em que atendesse adequadamente às demandas sociais, também fosse capaz de subsistir fiscal e economicamente.

O Estado, assim, passou a devolver à iniciativa privada a execução de determinados serviços públicos e a estabelecer com a sociedade civil parcerias para a execução de tantos outros desses serviços, além de reduzir sua estrutura orgânica.

Toda essa mudança de paradigma, que abalou o protagonismo estatal, veio acompanhada de um novo mecanismo que propiciasse a manutenção do controle do Estado sobre aquelas atividades das quais ele se desincumbiu de executar diretamente – a regulação.

Assim, estruturou-se o Estado Regulador, calcado numa atividade regulatória, que consiste, basicamente, no controle, na fiscalização, no incentivo e no planejamento da atividade econômica, funções que remetem à ideia de um organismo gerencial.

No Brasil, todo esse *iter* histórico apresenta-se com algumas peculiaridades.

O estabelecimento do Estado Regulador por aqui, em contraste com as casuísticas norte-americana e europeia, passou longe de um intenso processo de amadurecimento no seio social; antes, representou a expressão das opções políticas dos grupos dominantes em cada época, das quais a sociedade participou como mera expectadora.

A formação do Estado regulador brasileiro significou, pois, a constituição de uma nova burocracia e uma nova classe: os funcionários públicos tecnocratas. A partir do próprio Estado, essa nova classe já teria sido mobilizada no primeiro governo Vargas. E o suporte político da nova burocracia teria se amparado nas políticas populistas que mobilizaram as massas a partir do dinamismo econômico próprio dos resultados econômicos gerados pelo Estado regulador. Dessa maneira, tanto com Vargas no Estado Novo, acentuando-se com Dutra, novamente com Vargas em seu segundo governo, quanto com Kubitschek e, depois, como os militares a partir de 1964, o apoio político à atuação do Estado dependeu em grande parte de resultados econômicos que garantissem a adesão ou a ausência de questionamento de setores da “sociedade civil” não representados ou pouco representados.⁶

Além de deficitário em termos de legitimidade social, esse processo de transição do liberalismo até o Estado Regulador no Brasil se deu de forma abrupta, ou seja, sem

⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado regulador. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 76, Nov 2006, p. 144.

efetivamente passar por todas aquelas fases acima pontuadas. É por isso que há quem afirme⁷ que “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno”.

Outra observação que se afigura necessária é o estabelecimento do marco temporal inicial da implantação do Estado Regulador brasileiro.

De acordo com o histórico até então já traçado, poder-se-ia deduzir que a regulação passou a nortear o modelo de Estado no Brasil a partir da década de 1970.

Contudo, não se pode ignorar o fato de que, desde 1930, a estrutura da Administração Pública apresenta elementos que denotam a adoção da prática regulatória. Basta atentar para o surgimento, a partir do primeiro governo Vargas, de vários órgãos federais de coordenação e planejamento econômico, autarquias reguladoras de setores específicos da economia e empresas estatais que canalizavam investimentos necessários à industrialização⁸.

Mas o fato é que os traços que efetivamente marcam um Estado Regulador somente vieram estampados na Constituição de 1988, cujo artigo 174, *caput*, é expresso no sentido de que: “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.”

O artigo 170 também dá conta da escolha do perfil regulador, ao estabelecer como princípios da ordem econômica, dentre outros, a livre iniciativa, a defesa do consumidor e do meio ambiente. Sugere o texto constitucional, ao elencar esses princípios de modo complanado que, ao mesmo tempo em que se assegurará a livre iniciativa, o Estado atentarà para que os consumidores e o meio ambiente sejam preservados dos excessos capitalistas.

⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 18.

⁸ MATTOS, op. cit., p. 141.

A exploração direta de atividade econômica foi expressamente considerada excepcional, nos termos do *caput* do artigo 173, CRFB/88, restringindo-se às hipóteses de atendimento aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Nada obstante posta a diretriz reguladora no texto constitucional, foi somente por meio de emendas constitucionais e outros diplomas normativos editados posteriormente, em especial a partir do governo Fernando Henrique, que a prática regulatória efetivamente se concretizou entre nós.

Logo em 1990, adveio a Lei n. 8.031, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização, com diversos objetivos fundamentais expressamente previstos no texto legal, dentre os quais se destacam a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, assim como a concentração de esforços por parte da administração pública nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

A Lei n. 8.031 foi posteriormente revogada pela Lei n. 9.491/97, editada já no governo Fernando Henrique, que reproduziu e ampliou o espectro do Plano criado pela lei revogada.

No campo constitucional, merece destaque a Emenda Constitucional n. 8/95, considerada o marco regulatório do setor de telecomunicações. O referido instrumento normativo modificou o inciso XI do artigo 21 da Constituição, afastando-se a restrição à concessão do serviço somente a empresas estatais e ainda previu a criação de um órgão regulador setorial, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, que foi efetivamente criada por meio da Lei n. 9.472/97.

Ainda em 2005, foi editada a Emenda Constitucional n. 9, responsável pela alteração do parágrafo 1º de artigo 177, passando a permitir à União a contratação de empresas estatais ou privadas para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros

hidrocarbonetos fluidos, para a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, para a importação e exportação dos produtos e derivados básicos do petróleo, dentre outras atividades antes monopolizadas pela União. A Emenda ainda previu a criação da Agência Nacional do Petróleo - ANP, o que ocorreu em 1997, com a edição da Lei n. 9.478.

Cabe ainda destacar a edição da Lei n. 8.987/95, que trata das permissões e concessões da prestação de serviços públicos, regulamentando o art. 175, CRFB/88, e, mais recentemente, já no primeiro governo Lula, da Lei n. 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas) e da Lei Complementar n. 123/2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, na esteira do artigo 170, IX, CRFB/88.

Esses três últimos instrumentos normativos citados evidenciam o modelo regulatório, à medida que representam a criação de instrumentos no âmbito da administração pública, que possibilitam ao Estado delegar atividades, aproximar-se proveitosa e legalmente da iniciativa privada e fomentar o empreendedorismo.

1.2. Objetivos

Consoante já bem pontuado no histórico, o Estado Regulador surge num contexto de crise do modelo anterior, assim descrita por Luís Roberto Barroso⁹:

O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira.

Fazia-se necessária, portanto, a adoção de um padrão novo, que viabilizasse a compatibilidade do atendimento às necessidades sociais com o equilíbrio fiscal e econômico e que se demonstrasse de fato eficiente na prestação dos serviços públicos. O Estado Regulador surge com esse objetivo.

⁹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 21.

Para alcançar esse escopo, foram promovidas diversas mudanças no campo normativo, algumas aqui já citadas, bem como no cenário organizacional da Administração Pública, com a criação de uma outra estrutura capaz de dar conta das novas funções advindas do Estado gerencial.

É nesse contexto que surgem, por exemplo, as agências reguladoras, autarquias dotadas de características próprias, como a autonomia decisória e o poder normativo, que a possibilitam o adequado e eficaz gerenciamento do setor técnico para o qual foram criadas.

1.3. Características

O perfil do Estado Regulador apresentado até esse ponto sugere o seu rol de características básicas, as quais serão devidamente analisadas a seguir.

Trata-se de um Estado pautado na descentralização administrativa, na deslegalização, na eficiência e no gerenciamento.

1.3.1. A descentralização: o Estado distribuindo suas funções

Trata-se de técnica de repartição de competências, pela qual uma pessoa distribui atribuição para outra pessoa. Pressupõe-se, portanto, a existência de, no mínimo, duas pessoas, distinguindo-se da técnica da desconcentração, segundo a qual a repartição se dá dentro de uma mesma pessoa jurídica.¹⁰

Fácil é perceber a pertinência da técnica descentralizadora com o Estado Regulador, pois aquela serve a este como importante instrumental para o alcance de uma estrutura estatal moderna, ao passo que representa justamente a negação da centralização administrativa, que

¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 349.

se revelara tão improdutiva e incapaz de acompanhar os novos desafios econômicos e sociais postos diante do Estado Gerencial.

Contudo, é importante deixar claro que a descentralização não é um fenômeno próprio do Estado Regulador, pois muito antes a Administração Pública brasileira já havia criado autarquias e estatais para a execução de determinados serviços públicos e até mesmo para atuar no cenário econômico.

O que se quer ressaltar, ao se associar a descentralização com o Estado Regulador, é o fato de a técnica ter sido crucial para o adequado funcionamento e estabelecimento do novo estado. Afinal de contas, não há como relacionar, por exemplo, eficiência a uma estrutura morosa e inchada.

1.3.2. A deslegalização: diversificação das fontes produtoras de normas

A deslegalização pode e deve ser compreendida no contexto da descentralização. Isso porque, ao se ampliarem os centros de poder, também se afigura necessária a diversificação das fontes produtoras de normas.

Em outros termos: um estado que se pretende eficiente e arrojado não pode entregar a função regulamentadora somente ao Poder Legislativo, em especial no que toca às matérias de ordem técnica, cuja velocidade de atualização muitas vezes não se coaduna com o formal e moroso processo legislativo.

Também não se pode pretender veicular matérias de cunho normativo somente por meio de leis formais. É necessário investir as já citadas outras fontes produtoras de normas da legitimidade suficiente para que efetivamente cumpram o papel deslegalizador.

Sobre a deslegalização, assim pontua Diogo de Figueiredo:

Em suma, a hipertrofia nomológica torna a sociedade, paradoxalmente, mais confusa e insegura, justificando-se a moderna resposta de um modelo de *deslegalização* que, como o empregado na regulação, aproxima a regra jurídica dos setores que dele

necessitam, subtraindo-os aos olímpicos comandos diretos de leis formalmente postas pelo Estado através de seus órgãos legislativos.¹¹

Exemplifique-se todo o acima posto teoricamente de modo mais prático: a ANEEL é investida de poder regulamentar, ou seja, cabe a essa agência reguladora o estabelecimento de normas de cunho técnico a serem observadas pelos envolvidos na prestação dos serviços por ela fiscalizados. Não é o Congresso Nacional que legisla *a priori* sobre questões técnica afetas ao setor energético. Da mesma maneira, não é por meio de leis, formalmente consideradas, que essas normas passam a compor o cenário normativo, mas sim pelas Resoluções editadas pelo órgão regulador.

1.3.3 A eficiência: seu conteúdo e como alcançá-la

Alçada à categoria de princípio da Administração Pública, por meio da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, a eficiência passou a integrar o conhecido rol do *caput* do artigo 37, da CRFB. Não por acaso, pois a referida Emenda caracterizou-se por ter implementado a reforma da Administração Pública brasileira.

Diz-se da atuação estatal eficiente quando ela se desenvolve do modo mais eficaz, consumindo o mínimo possível de recursos públicos, aí entendidos não só os de cunho pecuniário, mas também os recursos humanos e até tecnológicos. Trata-se, portanto, da melhor relação custo x benefício.

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.¹²

¹¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 125.

¹² Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

Assim, o Estado Regulador não pode abrir mão de ser eficiente, pois é justamente essa sua característica que o permitirá suprir todas aquelas necessidades sociais evidenciadas no Estado Social, mantendo o equilíbrio econômico e financeiro.

A questão que se coloca é: como o Estado conseguirá ser eficiente? A Constituição Federal indica que seja por meio do planejamento, conforme prescrito no *caput* do artigo 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.”

Planejar implica prever possíveis percalços num determinado projeto e traçar as soluções para suplantá-los. Assim, planejamento define-se como “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”.¹³

É, pois, planejando sua atuação que o Estado conseguirá ser mais eficiente, na medida em que buscará errar menos e, assim, atingir a melhor relação custo x benefício.

O planejamento será melhor analisado no tópico relativo aos instrumentos de regulação, no capítulo dois.

1.3.4. O gerenciamento: garantia da eficácia das práticas regulatórias

O Estado Regulador estruturou-se de modo a pairar sobre a estrutura administrativa como um grande gerente, que delega atribuições e cobra resultados por meio da fiscalização, além de ser o responsável pelos ajustes necessários para fazer a engrenagem funcionar adequadamente.

¹³ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 302.

E isso se relaciona plenamente com as demais características desse modelo, pois o perfil gerencial é fundamental quando se descentralizam competências e crucial para a obtenção de resultados eficientes.

O já acima transcrito *caput* do artigo 174, CRFB, sugere que o gerenciamento dar-se-á por intermédio da fiscalização e do incentivo. “Fiscalizar, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”.¹⁴

Já o incentivo corresponde a um atuar voltado para a indução de determinadas condutas desejadas pelo Estado.

Postos esses conceitos, pode-se dizer, enfim, que a característica gerencial do Estado Regulador compreende uma atividade com o objetivo de verificar a eficácia das metas planejadas e o adequado desempenho das funções delegadas, além de fomentar posturas que vão ao encontro dos objetivos traçados.

¹⁴ Ibid., p. 300.

2. A FUNÇÃO REGULADORA

Compreendido adequadamente o Estado Regulador, assim como o seu processo de formação, outra noção preliminar importante no âmbito do presente trabalho é a ideia de Função Reguladora.

Classicamente, sabe-se que o Estado exerce três funções básicas: administrativa, legislativa e jurisdicional. O Estado Regulador ostenta uma quarta e importante função: a reguladora.

A origem, a noção e as características dessa função, assim como os instrumentos de que passa a dispor o Estado ao assumi-la, constituirão o objeto de análise deste capítulo.

2.1. Noção e conceito: identificação da função reguladora dentre as funções estatais

Conforme já pontuado, diz-se tradicionalmente que o Estado desempenha as funções de administrar, legislar e decidir conflitos de interesses de modo definitivo. São essas as funções que caracterizam, respectivamente, os três poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

A função administrativa consiste, basicamente, na tarefa de gerir a máquina estatal. Aqui o ente público, entre outras atividades, coleta tributos, realiza obras, presta serviços públicos, fiscaliza e exerce poder de polícia.

Ao exercer a função legislativa, o Estado atua na produção normativa, isto é, na elaboração de normas que visem a regular as mais diversas questões que surgem na vida em sociedade.

Já por meio da função jurisdicional, o Estado se presta a colocar fim a conflitos de interesses, substituindo a vontade das partes pela dicção estatal, que se materializa nas sentenças proferidas pelos juízes, os agentes que efetivamente encarnam essa função.

Distinguindo-se do modelo clássico, o Estado Regulador, além de desempenhar essas tradicionais funções, investe-se de uma outra, que se caracteriza por conter em seu espectro um pouco de cada tarefa atinente às funções proverbiais – a função reguladora.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, ao exercer a função reguladora, o Estado, por intermédio de alguns de seus centros de atribuição, pode, ao mesmo tempo, fiscalizar, editar normas e resolver conflitos.

Exemplifique-se. A Lei n. 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, dispõe, logo em seu artigo primeiro, que a referida autarquia especial caracteriza-se como órgão de “regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.”

O artigo 4º dessa lei enumera as competências da ANS, dentre as quais se destacam as de: estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde, normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes, autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento e adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde.

Nota-se, com esse exemplo, a concentração, em uma única entidade pública, de atribuições típicas de cada um dos três poderes clássicos.

Percebe-se, assim, facilmente, que a função reguladora consiste em mais uma faceta desse modelo gerencial de Estado, já bem esquadrihado no capítulo anterior, ao passo que se

apresenta em estreita sintonia com as já enumeradas características: descentralização administrativa, deslegalização, eficiência e gerenciamento.

Delineada, pois, a noção do tema tratado, já se pode conceituá-lo como um feixe de atribuições típicas das funções clássicas do Estado, concentradas em um único órgão regulador, com o objetivo de potencializar sua atuação no cenário regulatório, ou, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o interesse que deverá prevalecer a ser satisfeito nas relações sujeitas à regulação. (...) Em suma, agora com remissão à classificação mais difundida, essa função reguladora vale-se basicamente de um complexo de funções clássicas, administrativas, normativas e judicantes, nela variando apenas o método decisório.¹⁵

Interessante observar que o órgão regulador, no exercício da função reguladora, não exerce atividade jurisdicional, tal com tipicamente o faz o Poder Judiciário, mas sim atividade judicante, denominação mais apropriada, uma vez que o órgão regulador não é dotado de jurisdição em seu conceito técnico¹⁶, mas somente de atribuição para compor conflitos, sem força de definitividade, pois as decisões reguladoras sempre poderão ser submetidas ao Judiciário para análise de sua legalidade.

Nesse mesmo sentido, quando atua na produção de normas próprias do setor regulado, o órgão regulador não utiliza as mesmas técnicas e o mesmo procedimento adotado pelo Poder Legislativo. Também o produto do processo normativo regulador possui origem e finalidade distintas da norma legal tradicional.

Isso porque, ao assumir seu viés normativo, o órgão regulador não pretende elaborar normas preceptivas de condutas, mas sim de resultados a serem alcançados com eficiência; as

¹⁵ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 107-108.

¹⁶ Definição técnica de jurisdição que se afigura moderna e completa é aquela ofertada por Fredie Didier Jr., na obra DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 89: “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insusceptível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).”

normas reguladoras derivam de opções administrativas, com maior densidade técnica, e não de opções políticas, pois não objetivam atingir um interesse público específico.¹⁷

Cabe, portanto, à norma reguladora, traduzir tecnicamente, com neutralidade política princípios constitucionais e legais que compõem a base da moldura regulatória (marco regulatório) para uma implementação eficiente com vistas ao atendimento das decisões políticas previamente tomadas pela sociedade por meio de seus representantes do Poder Legislativo.¹⁸

É no campo do Poder Executivo que a atuação reguladora mais se aproxima das funções típicas daquele poder. A regulação executiva se torna ostensiva por meio de “atos de atribuição de direitos, licenças ou delegações (...). Não para por aí; a função executiva vai envolver, também, a fiscalização da atividade objeto da regulação”.¹⁹

2.2. Características

Assentados noção e conceito de função reguladora, pode-se concluir que são suas características básicas a complexidade, a tecnicidade e a busca pela eficiência.

A complexidade deriva da própria natureza híbrida da função reguladora. Aquele já citado misto de atribuições que se combinam para constituir uma só caracteriza como complexa a regulação.

A tecnicidade diz respeito ao viés que deve nortear toda a atuação regulatória, desde a escolha dos dirigentes dos órgãos reguladores, até a edição das normas reguladoras, passando pelas atividades fiscalizatória, sancionatória e decisória.

A função regulatória é compatível com cada uma das funções da Administração Pública (discricionária, de direção, normativa, sancionatória), variando conforme o tipo de atividade (polícia administrativa, gestão de serviços públicos, ordenamento econômico e ordenamento social); o motivo do destaque é que as demais funções são orientadas por critérios políticos, limitados pelo conceito de organização hierarquizada da Administração, ao passo que a função regulatória é *técnica* e seus

¹⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 114.

¹⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Função Regulatória*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fevereiro/março/abril, 2008, p. 4. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/redae. Acesso em: 6 jan. 2014.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5.

critérios multidisciplinares devem ser orientados por uma política regulatória, estudada no Direito Administrativo.²⁰

A busca pela eficiência, em verdade, não constitui característica exclusiva da função reguladora, mas é fato que a distingue de maneira peculiar, por ser ínsita ao seu próprio conceito, uma vez que na regulação

[...] o pragmatismo assume absoluta prelação: o escopo da atividade reguladora vem sempre definido como o *atingimento de um resultado prático*, que alie a maior satisfação do *interesse público substantivo* com o menor sacrifício possível de *outros interesses constitucionalmente protegidos*, bem como, secundariamente, com o menor dispêndio dos *recursos públicos* disponíveis.²¹

É por intermédio da eficiência, pois, que se efetivará esse atuar pragmático característico da regulação.

2.3. Instrumentos de regulação

Ao adotar o modelo regulatório, o Estado passa a dispor de um arcabouço de instrumentos voltados para efetivar a função reguladora.

Trata-se de medidas, que tangenciam aquele híbrido de funções já mencionado, com o objetivo de corrigir falhas de mercado, estabilizar e/ou desenvolver a economia e promover valores sociais e culturais.²²

Consideram-se instrumentos de regulação, em rol evidentemente não exaustivo: a intervenção, a fiscalização, o planejamento, a consensualidade e os atos e contratos administrativos.

2.3.1. A intervenção: correção e prevenção de resultados indesejáveis

²⁰ Ibid., p. 2.

²¹ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 93.

²² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 42.

Intervir, no âmbito do tema em estudo, significa atuar em determinada situação com o objetivo de atingir uma finalidade específica, seja corretiva ou preventiva.

Dessa forma, toda vez que o Estado Regulador lançar mão de medidas intervencionistas, deve estar imbuído da intenção de corrigir ou prevenir certos resultados indesejáveis.

São exemplos de medidas intervencionistas o controle do poder monopolista, o controle de informações inadequadas, o controle da escassez, a solução de problemas distributivos²³ e o fomento.

Diante dos denominados monopólios naturais, aqueles nos quais somente se afigura eficiente, dadas das características do mercado, a atuação de apenas um agente econômico, o Estado deve atuar no controle de preços, pois, nesses casos, o agente tende a robustecer seus lucros, restringindo a produção e cobrando preços mais elevados do que aqueles que seriam eventualmente cobrados em um ambiente competitivo.²⁴

Em cenários onde se identifica certa hipossuficiência técnica por parte de um dos agentes de determinada relação econômica ou social, o Estado deve adotar medidas que visem a prover a parte mais frágil de informações suficientes e adequadas, equilibrando a relação. É assim com os consumidores e até investidores do mercado financeiro²⁵. Nessas hipóteses, esses agentes citados estão, *a priori*, numa situação de deficiência informativa diante dos protagonistas da relação, isto é, os fornecedores e aqueles que, no mercado financeiro, detêm informações que podem impactar positiva ou negativamente nos investimentos.

A escassez de produtos no mercado também reclama a ação intervencionista do Estado, notadamente se a situação alcança certo grau de gravidade, gerando desabastecimentos e começa a influenciar muitos outros setores da economia. Aqui o Estado

²³ Ibid., p. 49.

²⁴ Ibid., p. 44.

²⁵ Ibid., p. 46.

poderá controlar preços e até trazer para si a tarefa de coordenar a distribuição do bem escasso.

A solução de problemas distributivos não se confunde com a escassez de produtos. Aqueles casos “envolvem situações nas quais os grupos afetados têm diferentes condições de poder de barganha, servindo a regulação para reequilibrar tais condições.”²⁶

O viés intervencionista também pode ser identificado nas medidas de fomento, isto é, naquelas voltadas para incentivar determinado comportamento ou atividade desejável e em sintonia com os objetivos do Estado.

Exemplos de medidas intervencionistas de fomento são as imunidades e isenções tributárias sobre atividades nas quais o Estado tem interesse de desenvolver.

2.3.2. A fiscalização: a questão da efetividade

A atividade fiscalizatória já foi preliminarmente mencionada por ocasião da análise das características do Estado Regulador, afigurando-se inserida no âmbito do gerenciamento. Sua previsão normativa no texto constitucional encontra-se no *caput* do artigo 174, também já transcrito anteriormente.

Com a fiscalização, o Estado almeja, prioritária e basicamente, revestir de efetividade as demais medidas regulatórias por si implementadas, seja no campo normativo ou no tipicamente administrativo.

Essa efetividade que se pretende alcançar com a fiscalização torna-se possível por meio de importante e necessária ferramenta coercitiva: a possibilidade de aplicação de sanções administrativas por parte do Estado aos administrados.

²⁶ Ibid., p. 49.

Assim é que, por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações detém competência para “celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções”.²⁷ Essas sanções variam desde simples advertência, passam pela multa e podem até ocasionar a declaração de inidoneidade da prestadora do serviço regulado,²⁸ o que a impede, dentre outras coisas, de participar de qualquer licitação pública no território nacional por determinado prazo.

Portanto, nota-se que o Estado, na perspectiva reguladora, desincumbiu-se de prestar diretamente o serviço de telecomunicações e concedeu tal atividade ao setor privado.

Para garantir a boa prestação do serviço, criou uma autarquia especial para regular o setor e a investiu, dentre outras competências, da de fiscalizá-lo, inclusive por meio da aplicação de sanções.

Resta evidente, assim, a importância da fiscalização como instrumento da política reguladora do Estado.

2.3.3. O planejamento: o combustível da eficiência

O planejamento, enquanto associado à eficiência do Estado Regulador, caracteriza-se por um conjunto de medidas tendentes a antever eventuais dificuldades e falhas em um projeto e, ainda, as respectivas soluções.

Atuando dessa forma planejada, o Estado, em um primeiro plano, reduzirá as hipóteses de erro e, num plano secundário, minimizará os prejuízos decorrentes dos equívocos que porventura não puderem ser evitados.

²⁷ BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 19, VI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm/97>. Acesso em: 05 nov. 2014.

²⁸ BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 173. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm/97>. Acesso em: 05 nov. 2014.

Com isso, a atividade estatal poderá ser considerada eficiente, pois, ao final, havendo falhas ou não, a relação custo x benefício sempre será a melhor para aquele cenário, regular ou de crise.

A informação é, definitivamente, a ferramenta mais importante para que se obtenha um bom planejamento. Sem ela, torna-se inviável qualquer passo no sentido da previsão de falhas. Afinal, como prever algo acerca do qual não se conhece?

Nesse sentido, por exemplo, o Poder Executivo Federal, editou, em 2001, a Lei n. 10.180, que organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

Essa lei atribuiu às unidades responsáveis pelo planejamento diversas competências, dentre as quais chama atenção a preocupação com o aporte de informações. A esse propósito, compete a essas unidades realizar estudos e pesquisas sócio-econômicas e análises de políticas públicas e manter sistema de informações relacionados a indicadores econômicos e sociais, assim como mecanismos para desenvolver previsões e informação estratégica sobre tendências e mudanças no âmbito nacional e internacional.²⁹

2.3.4. A consensualidade: a Administração dialógica

A consensualidade pressupõe, precipuamente, o abandono daquela visão de uma Administração Pública imperativa, da qual emanam, isolada e unilateralmente, todas as regras e condições a serem observadas pelos administrados e até mesmo pelas outras partes nas relações contratuais.

²⁹ BRASIL. Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001. art. 7º, V e VII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110180.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

Na perspectiva consensual, a relação dialógica substitui a monológica. A Administração volta seus ouvidos para a outra parte de suas relações. A ideia é construir junto com o particular, na medida do possível, as condições norteadoras de determinada relação jurídica, originada ou não de um contrato, além de, igualmente em conjunto, buscar a composição de eventuais conflitos de interesses decorrentes desses vínculos.

Enfim, trata-se de mais um elemento importante no âmbito desse Estado Regulador, na medida em que se apresenta como alternativa arrojada aos já antiquados métodos meramente coercitivos e impositivos.

Não se confunda, contudo, a consensualidade com a renúncia, pelo Estado, do poder coercitivo necessário ao exercício da atividade fiscalizatória. A consensualidade tem o seu devido lugar. Ela se opera nas hipóteses em que a situação concreta ainda não tenha reclamado uma postura unilateral e impositiva por parte do Estado.

Assim é que, por exemplo, diante da inexecução, por parte de um contratado, de alguma obrigação contratual, a Administração consensual, inicialmente, deverá chamá-lo à mesa para tentar, em conjunto, construir a solução da questão.

Entretanto, se, a despeito da postura consensual da Administração, o contratado insiste em sucessivas faltas e falhas, deve aquela lançar mão de seus instrumentos coercitivos clássicos, tais como as sanções administrativas, já citadas.

Ainda acerca da consensualidade, pode-se afirmar que

A utilização de meios consensuais pela Administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares – diretamente envolvidos ou simplesmente interessados – no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas.³⁰

A técnica consensual, portanto, agrega os elementos qualidade e efetividade aos processos de tomada de decisões pela Administração Pública.

³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHUANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, n. 32, abr./jun. 2008, p. 47.

2.3.5. Os atos e contratos administrativos

A aplicação de sanções administrativas como medida fiscalizatória se dá mediante ato administrativo, obviamente. Entretanto, a regulação por meio de atos administrativos não se exaure simplesmente na aplicação de penalidades.

A Administração também exerce função reguladora por ato administrativo, por exemplo, quando concede licenças, autorizações e delegações para gestão de serviços públicos, quando fixa tarifas e aprova reajustes.³¹

Os contratos administrativos igualmente representam eficiente instrumento de regulação.

Exemplifique-se com o previsto no artigo 24, XXVII, da Lei n. 8.666/93, que autoriza a contratação direta, portanto sem realização de licitação, de associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, para os serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo.

O referido permissivo legal estampa nítido intuito regulatório, ao passo que visa a fomentar a atividade dos chamados catadores de lixo, ao admitir que a Administração os contrate para os fins elencados na lei, dispensada a licitação.

Nesse mesmo sentido, o inciso XX do mesmo artigo 24 da Lei n. 8.666/93 autoriza a contratação direta de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

³¹ SOUTO, op. cit., p. 5.

Mais uma vez, o viés regulatório se evidencia na intenção de integrar as pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Esses são apenas alguns exemplos de como os contratos administrativos podem ser utilizados para fins de regulação. O tema merecerá análise mais aprofundada nos capítulos quatro e cinco.

3. LICITAÇÃO PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Este terceiro capítulo encerra o panorama teórico prévio necessário à adequada compreensão do tema central objeto deste trabalho – a relação entre regulação e licitação. Os tópicos a seguir contêm a noção, o conceito, as modalidades de licitação, assim como sucinta análise da principiologia aplicável ao tema.

3.1. Noção e conceito

Aos particulares que desejem adquirir um bem ou contratar algum serviço de seu interesse, é lícita a livre escolha de com quem e por quanto negociar. Podem eles se valerem de toda uma carga subjetiva na escolha de seus parceiros contratuais. Afinal, estão lidando com dinheiro próprio.

Nesse sentido, aos integrantes do meio privado é admitido comprar um bem por valor mais elevado que o de mercado, simplesmente porque o estabelecimento comercial eleito estava menos lotado que o concorrente ou porque o vendedor lhe dispensou um atendimento mais simpático.

Em sentido diametralmente oposto está a Administração Pública. Caso necessite celebrar atos negociais, deve o administrador público, normalmente, percorrer um procedimento formal, com fases e regras previamente estabelecidas em lei e/ou em edital, garantindo igualdade de tratamento a todos os interessados em se tornar contratado. É esse procedimento que se denomina licitação.

A obrigatoriedade da licitação está assentada no texto constitucional, no artigo 37, XXI³². No âmbito infraconstitucional, há diversos diplomas legais que tratam de licitações,

³² Art. 37, XXI, CRFB: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos

mas as normas principais encontram-se na Lei n. 8.666/93 e na Lei n. 10.520/2002. A primeira é conhecida como a lei geral de licitações e contratos administrativos; a segunda cuida estritamente da modalidade denominada pregão.

Segundo Di Pietro, pode-se conceituar licitação nos seguintes termos:

[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.³³

Considerando o que até aqui foi exposto, pode-se concluir que a licitação consubstancia-se, precipuamente, em um instrumento de que se valem os entes públicos para ultimar contratações dentro da legalidade e num ambiente de livre e regular competitividade entre os interessados.

3.2. Modalidades: análise normativa

Dependendo do valor ou das características do objeto a ser licitado, a lei estipula procedimentos distintos e específicos de observação obrigatória pelos administradores públicos.

Assim é que, por exemplo, em se tratando de aquisição de bens e contratação de serviços de natureza comum³⁴, independente do valor, a Administração pode adotar a modalidade de pregão, a mais célere dentre as demais – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A celeridade do pregão reside, dentre outras coisas, no fato de que a fase habilitatória é posterior à fase em que se classificam as propostas de preços. Assim, em regra, somente se

os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

³³ DI PIETRO, op. cit., p.299.

³⁴ Art. 1º, parágrafo único, Lei n. 10.520/2002; “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

analisa a extensa documentação de habilitação daquele que lograr a melhor classificação quanto ao preço.

Nas demais modalidades, dá-se o contrário: o primeiro ato é a abertura dos envelopes contendo a documentação da habilitação de todos os concorrentes. Somente após essa primeira fase, que pode se estender por meses a depender do número de participantes e das manifestações recursais, é que serão abertos os envelopes contendo as propostas de preços dos que foram habilitados na fase anterior.

A Lei n. 8.666/93 é bastante analítica e traz praticamente a definição de cada uma das modalidades clássicas, em seu artigo 22.

Concorrência é a modalidade que, na fase inicial de habilitação preliminar, todos os interessados comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. É cabível quando o objeto consistir em obras e serviços de engenharia com valor estimado acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e para compras e demais serviços acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A Tomada de Preços de processa entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. É utilizada para obras e serviços de engenharia até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e para compras e demais serviços até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

O Convite cabe entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa. A participação também deverá ser estendida aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. No que toca ao valor, o Convite cabe para obras

e serviços de engenharia até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e para compras e demais serviços até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A Administração deve se valer da modalidade de Concurso para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Por fim, o Leilão se presta à venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição pela Administração haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

3.3. Princípios: gerais e setoriais

Há uma vasta gama de princípios que se podem relacionar ao procedimento licitatório.

Por uma questão de objetividade e sistematização, adotar-se-á o rol do art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93.³⁵

O princípio da legalidade genérica encontra-se previsto no artigo 5º, II, do texto constitucional: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Sabe-se, contudo, que, a legalidade aplicável à Administração Pública é a estrita, segundo a qual o administrador público só pode fazer o que estiver previsto em lei. No silêncio da lei, deve-se presumir, em princípio, que determinada conduta é vedada.

³⁵ “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.”

Celso Antônio Bandeira de Mello assim discorre sobre o tema:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. [...] O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes.³⁶

A impessoalidade implica compreender o agir da Administração Pública isento de qualquer nível de subjetivismo. É defeso ao administrador atuar contaminado por sentimentos de cunho pessoal e privado. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis.³⁷

A moralidade consiste não só em um atuar ético do administrador público, mas que essa atuação seja também proba e de qualidade.

Nesse sentido, interessante atentar para que não se confunda a moralidade administrativa com a moralidade comum, que se ouve corriqueiramente.

Sobre esse aspecto, assim se manifesta Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A autonomia deste princípio, que, como se alertou, não deve ser confundido com a moralidade tout court, nem, tampouco, com o conceito de moralidade média, pois que decorre de seu sentido rigorosamente técnico, correlacionado aos conceitos administrativos. Com efeito, enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre a boa e a má administração.³⁸

A igualdade comporta duas perspectivas em sua análise. A primeira delas, genérica, está no artigo 5º da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Essa ideia se encontra em sintonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e se afigura norma cogente em todas as esferas de Poder e em todos os tipos de relação, sejam de natureza pública ou privada.

Uma segunda perspectiva, a que se refere o *caput* do artigo 3º da Lei n. 8.666/93, se amolda mais especificamente ao campo das licitações públicas: é aquela que impõe que se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 115.

³⁷ *Ibid.*, p. 100.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105.

Importante registrar que a igualdade no procedimento licitatório não se deve estancar no campo formal, mas deve ser promovida por medidas que visem a dar efetividade ao mandamento constitucional e legal. Espera-se do administrador público uma postura pró-ativa no sentido de prover e garantir a igualdade.

No que concerne à publicidade, deve-se partir da premissa de que Administração não pode, em regra, se pautar pelo sigilo, pois afinal de contas, em se tratando o Brasil de um Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo, não se pode falar em ocultamento de informações aos administrados.³⁹

O sigilo, portanto, deve ser sempre exceção, a exemplo do que consta, por exemplo, do artigo 5º, XXXIII, da Constituição.⁴⁰

O princípio da probidade contém um comando de honestidade ao administrador em relação aos concorrentes, devendo o procedimento ser conduzido de maneira responsável e diligente, visando à prevalência do interesse público, sempre.

Relevante citar que a Lei n. 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, prevê expressamente como ato de improbidade, em seu artigo 10, VIII, “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. O infrator estará sujeito às penas de ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 114.

⁴⁰ “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra-se positivado no artigo 41, *caput*, da Lei n. 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Trata-se de corolário da legalidade e também da impessoalidade, ao passo que representa, em verdade, garantia de que o procedimento licitatório será conduzido estritamente segundo as normas postas ao conhecimento de todos. O administrador não estabelecerá regras ao seu alvedrio, nem poderá ignorar aquelas expressamente previstas no edital ou na carta-convite.

Por fim, cite-se o princípio do julgamento objetivo.

Dispõe o artigo 45, *caput*, da Lei n. 8.666/93:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Cuida-se de regra que visa a prevenir os licitantes de surpresas e subjetivismos especificamente quanto aos critérios de julgamento da licitação, todos já previamente estabelecidos no instrumento convocatório.

Importante ressalva, porém, faz Celso Antônio Bandeira de Melo:

Cumpra reconhecer, entretanto, que a objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas -, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.⁴¹

Por fim, destaque-se que o julgamento objetivo abrange não só o objeto da licitação, mas também os participantes. Vale dizer, a objetividade imanente ao julgamento deve levar em conta estritamente as especificações do objeto licitado, mas também sugere que não se voltem os olhos para a pessoa do participante, sob pena de se incidir em subjetivismo.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 536.

4. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

A noção geral do instituto da regulação foi devidamente transmitida nos capítulos um e dois. Ficou lá assentado que a regulação consiste numa forma de estruturar o Estado, pautada na descentralização administrativa, na deslegalização, na eficiência e no gerenciamento. Tudo isso com o objetivo de possibilitar ao Estado o incremento qualitativo de suas atividades.

Quando a prática regulatória tem por objetivo corrigir falhas de mercado e/ou promover a estabilização e o desenvolvimento econômico⁴² diz-se tratar de regulação econômica.

A regulação econômica é baseada em valores de eficiência e concorrência, e geralmente envolve a correção de falhas ou imperfeições de mercado, que reduzem a eficiência ou concorrência, dentro de um mercado específico, assim como monopólios, informação inadequada ou assimétrica, externalidades ou poder de barganha desigual.⁴³

Não se deve olvidar, contudo, que, a despeito de se denominar econômica, essa espécie de regulação fatalmente gerará efeitos no campo social, de modo que o mais adequado é compreender a regulação econômica como aquela categoria cujos resultados gerados serão de cunho predominantemente econômicos, não estritamente.

Posta a noção de regulação econômica, serão analisadas a seguir, neste capítulo, diversas hipóteses, não exaustivas, nas quais a licitação figurará como instrumento para efetivar tal modalidade regulatória.

4.1. Critérios de desempate e margens de preferência

⁴² MATTOS, op. cit., p. 53

⁴³ WINDHOLZ, Eric; HODGE, A. Graeme. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. Tradução Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set-dez. 2013, p. 26.

O artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93 estabelece critérios a serem adotados para os casos de empate de propostas ofertadas nas licitações. Nesses casos, havendo igualdade de condições, terão preferência na contratação, sucessivamente, os bens e serviços produzidos no Brasil, produzidos ou prestados por empresas nacionais e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no Brasil.

O parágrafo 5º desse mesmo artigo 3º prevê a denominada margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Na prática, à luz do que dispõe o Decreto n. 7.546/2011, a margem de preferência pode ser exemplificada da seguinte forma: suponha-se que, encerrada a fase de lances em um pregão que tenha por objeto a aquisição de determinado produto manufaturado, a melhor proposta veicule produtos manufaturados de origem estrangeira. A segunda colocada registra um preço 20% (vinte por cento) acima da primeira colocada, porém oferta produto manufaturado brasileiro. Nesse caso, a lei permite que se adquira o referido bem pelo valor 20% maior, considerando-se sua origem nacional. Aliás, o artigo 3º, *caput*, do Decreto 7.546/2011 faculta que se estabeleça margem de preferência em patamar até 25% (vinte cinco por cento) acima do preço dos produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros.

As hipóteses analisadas acima evidenciam forte viés regulatório econômico, pois, por meio das condições estabelecidas para o procedimento licitatório, objetiva-se promover o desenvolvimento econômico nacional, mediante a predileção de propostas cujo conteúdo seja de bens ou de serviços de origem brasileira.

4.2. Promoção do desenvolvimento nacional sustentável

A Lei n. 12.349/2010, dentre diversas inovações legislativas, alterou a redação do *caput* do artigo 3º, da Lei n. 8.666/93, incluindo, dentre os princípios a serem observados na licitação, o da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Essa aparentemente singela e programática modificação legislativa implica, na verdade, uma profunda releitura das licitações brasileiras. É que se estabeleceu um novo princípio que, como tal, deve passar a nortear todo e qualquer certame público realizado no território nacional.

Com base nessa premissa, há quem afirme, com razão, que:

Em outras palavras, e à conta da configuração jurídica da cláusula geral, toda contratação de obra, serviço ou compra pela Administração Pública deve ser capaz, doravante, de contribuir para promover o desenvolvimento sustentável. Descumprirá essa cláusula geral e padecerá de vício de legalidade o contrato inepto para promover desenvolvimento sustentável, ou, pior, que, além de não o promover, o comprometa, a demandar a invalidação da avença e a responsabilização de quem lhe haja dado causa.⁴⁴

Diante dessa constatação, torna-se não somente legal, mas obrigatória a inserção de determinadas condições e características do objeto licitado que, a par de representar eventual restrição na competitividade ou ainda um incremento do valor estimado, vão ao encontro da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Cite-se, por exemplo, a exigência de que a futura contratada treine seus empregados para que consumam menos energia e água, que separe resíduos recicláveis derivados de sua atividade e os destine a cooperativas de catadores de materiais recicláveis ou que, sendo fornecedora de bens, que estes sejam constituídos por material reciclável, atóxico ou biodegradável.⁴⁵ Em todos esses exemplos, mesmo que a Administração venha a contratar serviços ou adquirir bens por um preço maior que aqueles atribuídos a serviços e a produtos

⁴⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio-jun. 2011, p. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 7.

não sustentáveis, estará assim procedendo para atender a um princípio determinante da licitação.

Nessa mesma esteira, defende-se⁴⁶ que, até mesmo diante daquelas hipóteses nas quais se aplicam as margens de preferência, o dever de observância à promoção do desenvolvimento sustentável deve prevalecer. Exemplifique-se, retomando-se o exemplo citado no ponto 4.1: suponha-se que aquela licitante que ofertava produtos manufaturados estrangeiros adotasse práticas sustentáveis em sua atividade e que, em sentido contrário, aquela ofertante de produtos manufaturados brasileiros assim não procedesse. Nesse caso, aquela concorrente inicialmente beneficiada pela margem de preferência perderia esse direito, diante da relevância da cláusula da sustentabilidade sobre a promoção do simples desenvolvimento econômico.

O que se verifica, portanto, é mais um exemplo de como, por intermédio da licitação, o Estado pode promover o desenvolvimento econômico, agora sustentável.

Deve-se alertar, entretanto, que o administrador precisa atuar com bastante cuidado na previsão de cláusulas restritivas nos editais de licitação:

É importante cautela, no entanto, nas inserções de exigências para participação em licitações, pois, quando utilizadas de maneira desproporcional e em descompasso com as finalidades constitucionais, podem servir para restringir a competitividade, a isonomia e a própria eficiência nas contratações públicas.⁴⁷

Dessa forma, toda e qualquer condição excludente deve ser devidamente motivada e necessita, invariavelmente, corresponder à proteção de um bem jurídico maior que a ampla competitividade, a isonomia e a eficiência⁴⁸.

⁴⁶ Ibid., p. 15.

⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei n. 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10. n. 38, jul-set. 2012, p. 13. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁴⁸ Aliás, diga-se, essa adequada ponderação dos valores envolvidos nas questões da regulação afigura-se como um dos maiores desafios dos administradores públicos, pois a legitimidade, tão cara às práticas regulatórias, somente é sustentada por meio de fortes, fartos, verdadeiros e adequados argumentos, notadamente quando se está diante de casos em que se impõe a relativização de princípios.

4.3. Correção de falhas de mercado

Há situações nas quais o mercado reclama uma atuação mais efetiva por parte do Estado, como, por exemplo, diante da formação de monopólios, que podem resultar em prejuízos para a economia em geral e para os consumidores. Esses eventos são denominados de falhas de mercado que, como o próprio nome indica, encerram a ideia de que algo não está devidamente alinhado em termos macro e microeconômicos.

Como poderia a licitação, nesses casos, servir de ferramenta regulatória? É na casuística onde se encontra a resposta.

A Agência Nacional do Petróleo, em licitação para concessão da exploração de petróleo e gás natural inseriu no edital cláusulas que restringiam a participação de concorrentes a determinados blocos, impedindo-as, portanto, de participar da disputa de outros ou até mesmo de todos os blocos de exploração.

Pretendeu a ANP, com acerto, evitar o monopólio, o que impactaria negativamente no mercado.

[...] por mais que haja diversos blocos disponíveis para ofertas, cada concorrente só pode se sagrar vencedor em um número previamente determinado destes, ainda que faça a melhor oferta para todos os demais. Esse procedimento se justifica na tentativa de o Estado evitar a dominação do mercado por poucos agentes econômicos, uma vez que outras empresas passarão a ter mais chances de controlar blocos de alto potencial e, conseqüentemente, de se incrementarem financeira e economicamente.⁴⁹

A respeito desse procedimento licitatório, registre-se que houve quem se insurgisse judicialmente contra os critérios restritivos estabelecidos no edital.

A questão então chegou ao Supremo Tribunal Federal que, no âmbito da Suspensão de Liminar n. 176/DF, confirmou, mediante decisão da então Presidente, Ministra Ellen

⁴⁹ LEITE, Marcelo Lauar. *Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural*. Monografia premiada no III Prêmio SEAE. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/rafapsc/Meus%20documentos/Downloads/3.%20MONOGRAFIA_-_Funcao_Regulatoria_da_Licitacao.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014, p. 69.

Gracie, a legalidade e a constitucionalidade das disposições editalícias restritivas, reconhecendo, inclusive a tecnicidade dos critérios adotados:

A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica.⁵⁰

Comungando desse mesmo entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, Luciano Ferraz, em artigo de sua autoria, defende a possibilidade de se estabelecerem cláusulas que restrinjam a concorrência, desde que no sentido de melhor atender ao interesse público:

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 definir 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.⁵¹

A atuação regulatória do Estado, por meio da licitação, também se evidencia na hipótese de dispensa de licitação, prevista no artigo 24, VI, Lei n. 8.666/93: “quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento.”

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL n. 176/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SL%24%2ESCLA%2E+E+176%2E+NUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/aesupz>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁵¹ FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, v. 72, ano XXVII, n. 3, jul-set. 2009, p. 34.

Nesses casos, para muito além das tradicionais finalidades da licitação⁵², a União lançará mão desse permissivo legal com claro objetivo de intervenção no mercado, visando ao restabelecimento da regularidade eventualmente perturbada por alguma causa específica.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O dispositivo vincula-se à tentativa de a União influenciar o mercado de bens e serviços. Trata-se dos casos em que a União ofertará ou adquirirá bens ou serviços visando a restabelecer o equilíbrio do mercado. Por exemplo, a escassez de oferta pode acarretar elevação desmesurada de preços. A União, atuando para normalizar o abastecimento ou regular preços, efetivará contratações em igualdade com os particulares. Intervirá no mercado para ampliar a oferta ou a procura.⁵³

Registre-se, por fim, que essa hipótese muito bem ilustra aquele viés pragmático da regulação, mencionado no capítulo um. O que importa é resolver uma questão específica, buscando-se um resultado efetivo no campo prático.

4.4. Tratamento diferenciado a microempresas e a empresas de pequeno porte

A Lei Complementar n. 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Essa lei prevê uma série de privilégios àquelas categorias empresariais⁵⁴, desde a redução da burocracia no que toca à sua constituição e aos seus arquivamentos contábeis, até a simplificação de suas obrigações tributária e de suas relações trabalhistas⁵⁵.

⁵² Entenda-se por tradicionais finalidades da licitação a garantia da igualdade entre os concorrentes e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 302.

⁵⁴ Nos termos do artigo 3º da LC 123/2006, microempresa é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). No caso da empresa de pequeno porte, esse patamar se situa entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) até R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

⁵⁵ Por exemplo, o processo de abertura, registro, alteração e baixa dessas categorias empresariais deverão ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico, opcional para o empreendedor. Elas podem optar pelo Simples Nacional, um regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições, por meio do qual, mediante documento único de arrecadação, podem ser recolhidos mensalmente até oito espécies tributárias. No campo trabalhista, elas estão dispensadas, dentre outras coisas, da anotação das férias dos empregados nos

No que toca ao acesso aos mercados, a lei estabelece uma série de medidas, a seguir analisadas, de expressivo conteúdo regulatório, visando ao fomento das atividades microempresariais por meio das licitações públicas.

Ressalte-se que a razão que levou o legislador a implementar tais medidas reside no fato de que as microempresas e empresas de pequeno porte são responsáveis pela maior parte dos empregos gerados no país, o que obviamente repercute na economia e na distribuição de renda.

Essas circunstâncias estão expressamente enunciadas nas justificativas apresentadas para o Projeto de Lei Complementar n. 123/2004, que originou a Lei Complementar n. 123/2006:

Segundo dados do BNDES, 98% do total de empresas do país são constituídas de micros e pequenas empresas e representam 93% dos estabelecimentos empregadores, que correspondem a cerca de 60% dos empregos gerados no país, participando com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços. Com estes dados, podemos perceber a importância das pequenas e microempresas no desenvolvimento de nossa economia e principalmente como fator de geração de emprego e distribuição de renda. Nessa linha foi feita uma pesquisa em 37 países, em 2002, coordenada pela *GEM- Global Entrepreneurship Monitor*, projeto criado pela *London Business School* da Inglaterra e pela Babson School nos Estados Unidos, coordenado no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Paraná e Sebrae, em que o Brasil se destaca em sétimo lugar no *ranking* dos países com maior nível geral de empreendedorismo. A taxa brasileira da atividade empreendedora total, ou seja, a que indica a proporção de empreendedores na população de 18 a 64 anos de idade, foi de 13,5%, estimando-se em 14,4 milhões o número de empreendedores no país, dos quais 42% são mulheres.⁵⁶

Nos próximos pontos, serão analisadas as principais prerrogativas conferidas pela lei às microempresas e empresas de pequeno porte, quando de sua participação em licitações.

4.4.1. Prazo para regularização da documentação relativa à situação fiscal

respectivos livros ou fichas de registro e de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 123 de 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FEF6C47F1325F7E05710160CD80215EB.proposicoesWeb1?codteor=193056&filename=PLP+123/2004. Acesso em: 05 nov. 2014.

Na data agendada para a abertura das licitações, as concorrentes deverão se apresentar com suas propostas de preços e toda a documentação habilitatória exigida no edital, incluídas aí as certidões que comprovem a regularidade junto aos fiscos federal, estadual e municipal, assim como no que se refere ao recolhimento da contribuição previdenciária e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Caso a licitante apresente certidão positiva relativamente a algum desses tributos, deverá o Pregoeiro ou a Comissão de Licitação inabilitar a referida participante. Essa é a regra, que está consagrada nos artigos 29 e 43, I e II, da Lei n. 8.666/93, bem como no artigo 4º, XIII e XVI, da Lei n. 10.520/2002.

Contudo, a despeito da regra acima descrita, caso a pendência relativa à documentação fiscal recaia sobre uma licitante que faça jus aos benefícios da Lei Complementar n. 123/2006, a solução imediata não é a inabilitação, consoante o disposto no artigo 43 dessa lei.

Nessas hipóteses, verificada alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, deverá o Pregoeiro ou a Comissão, em vez de inabilitar a licitante, deferir-lhe prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Somente após decorrido esse lapso temporal, que pode se estender por até 10 (dez) dias úteis, sem que a interessada regularize sua situação, é que será lícito inabilitar a microempresa ou empresa de pequeno porte.

Aqui se verifica um transbordamento da função regulatória da licitação. Em primeiro lugar, porque a Administração Pública se vale do procedimento licitatório como instrumento de coerção relativamente ao recolhimento dos tributos, o que já se afigura, por si só, uma prática de regulação. E em segundo lugar, porque permite, somente às espécies empresariais

alcançadas pela Lei Complementar n. 123/2006, a regularização de sua situação fiscal, durante o procedimento licitatório, sem que isso implique sua inabilitação sumária, privilegiando-as, pois.

Ressalte-se, a título de informação, que esse prazo de 05 (cinco) dias úteis era de apenas 02 (dois), até 08 de agosto de 2014, quando entrou em vigor a recente Lei Complementar n. 147/2014 que, dentre outras providências, ampliou o referido prazo em mais 03 (três) dias úteis.

4.4.2. O empate fictício em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte

O que ora se denomina empate fictício, previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006, assemelha-se ao analisado no ponto 4.1. A diferença central está no critério adotado para se estabelecer o privilégio: a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte ou a origem brasileira dos produtos e serviços, respectivamente.

Configura-se o empate fictício quando, numa licitação, a proposta melhor classificada pertencer a uma participante não beneficiária da Lei Complementar n. 123/2006 e houver outras propostas de autoria de microempresas e empresas de pequeno porte, num intervalo de até 10% (dez por cento) superior.

Nessas hipóteses, a lei, por ficção, estabelece que há empate entre as propostas e concede às beneficiárias do tratamento privilegiado o direito de desempatar, ofertando um preço menor que a proposta até então vencedora. Caso seja ofertado o lance de cobertura, o objeto do certame é adjudicado em favor da microempresa ou da empresa de pequeno porte autora desse lance e não àquela originariamente vencedora.

Na licitação por pregão, a única diferença fica por conta do percentual fixado para fins de configuração do empate – 5% (cinco por cento).

Novamente, salta aos olhos o intuito da lei: incrementar as contratações públicas de microempresas e empresas de pequeno porte, implementando, assim, o aporte lícito de dinheiro público nessas categorias empresariais, fomentando sua atividade altamente geradora de emprego e distribuidora de renda. É o Estado, portanto, lançando mão do seu poder de compra para colocar em prática a função regulatória.

4.4.3. Licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte

O artigo 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006 prevê que a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Note-se que se trata de um dever da Administração, procedimento de natureza vinculada. Ou seja, constatada a existência de itens cujo valor esteja dentro do limite estipulado na lei, deverá a Administração cuidar para que somente microempresas e empresas de pequeno porte participem do certame, sob pena de nulidade.

Importante registrar, entretanto, que, até 08 de agosto de 2014, onde hoje se lê deverá, lia-se poderá. Foi com o advento da já mencionada recente Lei Complementar n. 147/2014 que se retirou do campo da discricionariedade a promoção de licitações exclusivas para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio da alteração da redação do artigo 48 do Estatuto.

4.4.4. Exigência de subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte

Nas licitações de obras ou de prestação de serviços, a Administração poderá fazer constar do edital a exigência de que a vencedora promova subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte. É o que prevê o inciso II do art. 48, da Lei Complementar n. 123/2014.

Cabem, aqui, algumas observações. A primeira delas diz respeito ao que se compreende por subcontratação. Nas palavras de Jessé Torres:

Por subcontratação, deve entender-se o trespasse da execução do contrato e, não, a cessão ou a transferência do próprio contrato. Na subcontratação, a contratada incumbe terceiro de realizar partes da obra ou do serviço que lhe foi contratado pela Administração, sem exonerar-se das responsabilidades decorrentes do contrato.⁵⁷

Em segundo lugar, ressalve-se que, até o advento da Lei Complementar n. 147/2014, a possibilidade de exigência de subcontratação de que ora se trata também era admitida, porém com um limitador: desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não excedesse a 30% (trinta por cento) do total licitado. Atualmente, a lei não indica qualquer percentual, o que parece não ter sido uma boa iniciativa do legislador, que deixou, com isso, o administrador público sem um salutar parâmetro legal para nortear sua atuação discricionária.

De toda sorte, o mais adequado, na ausência de um limite percentual para esse tipo de subcontratação, é se atentar para o que dispõem os artigos 72 e 78, VI, da Lei n. 8.666/93.

O primeiro dispositivo mencionado estipula a possibilidade de subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido pela Administração, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais do próprio contratado. O segundo prevê como causa de rescisão do contrato a subcontratação não admitida no edital e no contrato.

Conclui-se, dessa forma, que somente se admite a subcontratação parcial do objeto, vedada a integralidade.

Assim, embora a atualização legislativa introduzida pela Lei Complementar n. 147/2014 tenha excluído o limite de 30% (trinta por cento) para as subcontratações de

⁵⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007, p. 758.

microempresas e empresas de pequeno porte, o certo é que permanece vedada a subcontratação total do objeto, mesmo no âmbito do sistema protetivo⁵⁸, cabendo, por conseguinte, ao edital a fixação do percentual devido, o qual poderá sofrer controle de legalidade em casos em que se verifique afronta à razoabilidade e à proporcionalidade.

4.4.5. Reserva de cota do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte

Na mesma perspectiva de incentivar a atividade das microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar n. 123/2006 estabelece, no artigo 48, III, que a Administração deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação daquelas espécies empresariais.

Novamente, tem-se uma determinação legal vinculada a ser seguida pelo administrador público. A discricionariedade reside somente na fixação do percentual, até 25% (vinte e cinco por cento).

A hipótese é melhor compreendida por meio de exemplo.

Suponha-se que se pretenda adquirir material de limpeza para guarnecer, durante 01 (um) ano, todas as repartições públicas de um determinado município. Serão adquiridos 400 (quatrocentos) itens, inicialmente agrupados em um lote único, o que significa que uma única empresa arrematará todo o objeto.

⁵⁸ É evidente que a vedação à subcontratação total e a limitação à parcial, previstas na Lei n. 8.666/93, visam estritamente a resguardar o interesse da Administração, pois se sabe que essa assume determinados riscos ao celebrar contratos e esses riscos podem aumentar a depender das subcontratações. Entretanto, é importante atentar para o fato de que a subcontratação admitida no âmbito da Lei Complementar n. 123/2006 possui fundamento de cunho regulatório, caracterizado pelo intuito de fomentar a atividade empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte. O interesse particular também é levado em conta. Talvez por isso, o legislador tenha retirado, para esses casos, o limite de 30% para a subcontratação, numa tentativa de imprimir mais efetividade à função regulatória. Nada obstante isso, a ausência de um limite, repita-se, não deve ser confundida com a possibilidade de subcontratação total ou implementada sem observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

A divisibilidade do objeto no caso exemplificado é evidente, pois cada item pode ser retirado do todo, sem lhe alterar a substância. Nessa hipótese, deverá a Administração separar dos 400 (quatrocentos) itens, até 100 (cem) e, com esse último quantitativo, formar um novo lote, cuja participação será exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte. A licitação, assim, passaria a conter dois lotes, sendo apenas um deles de ampla participação.

4.4.6. Prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente

A hipótese ora analisada está positivada na confusa redação do parágrafo 3º do art. 48, da Lei Complementar n. 143/2006, incluído pela Lei Complementar n. 147/2014⁵⁹.

O que se extrai da norma é que a Administração poderá, além de todos os benefícios já analisados nos pontos anteriores, estabelecer a prioridade de contratação das beneficiárias da Lei Complementar, desde que estejam sediadas no mesmo município ou estado em que se localiza o órgão licitante. A intenção parece ter sido a de desenvolver a economia local ou regional.

Entretanto, a lei não se limitou a permitir a implementação de mais esse benefício. Foi além, pois admitiu a contratação nessas condições, mesmo que a microempresa ou empresa de pequeno porte ofereça preço até 10% (dez por cento) superior ao menor preço.

Note-se que, diferente da hipótese do empate fictício, vista no ponto 4.4.2, aqui a microempresa ou a empresa de pequeno porte não precisarão dar o lance de cobertura. Serão contratadas por preço até 10% (dez por cento) superior ao menor preço ofertado. Tudo isso com base no local onde estão sediadas. E mais: a prioridade pode se estabelecer mesmo em prejuízo de outra microempresa ou empresa de pequeno porte; basta que estejam sediadas fora

⁵⁹ “Os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”

do limite territorial estabelecido no edital. Trata-se, portanto, de um tratamento prioritário do prioritário.

4.5. Rejeição de determinadas marcas de qualidade comprovadamente baixa

Questão tormentosa no âmbito das licitações públicas é a possibilidade de indicação de marca quando da especificação do objeto dos certames.

A Lei n. 8.666/93 é pródiga no que toca à vedação a essa prática, conforme se nota pelo disposto no artigo 7º, parágrafo 5º, no artigo 15, parágrafo 7º, inciso I e no artigo 25, inciso I, todos a seguir transcritos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 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.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:

I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

A vedação contida na lei tem por objetivo claro ampliar a competitividade e a isonomia, além de investir o procedimento da necessária e devida impessoalidade.

A jurisprudência, tanto administrativa, quanto judicial, vai ao encontro dos termos objetivos da lei, excetuando-se, contudo, hipóteses específicas, nas quais se identifica a necessidade de padronização, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei n. 8.666/93⁶⁰.

Exemplifique-se com as ementas a seguir transcritas, referentes, respectivamente, à Representação n. 020.516/2006-4, julgada pelo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 62/2007 – Plenário e à Apelação Cível n. 0007809-63.2005.8.19.0001, julgada pela Décima Segunda câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio de Acórdão de mesma referência numérica:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. ELABORAÇÃO DE PROJETO BÁSICO. CLAREZA E OBJETIVIDADE DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. VEDAÇÃO A INDICAÇÃO DE MARCA. ELABORAÇÃO DE PLANILHAS DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DAS ENTIDADES DO SISTEMA S À LEI 8.666/93. COMPETÊNCIA DO SISTEMA S PARA APROVAR SEU REGULAMENTO INTERNO DE LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

1. Os editais de licitação devem estabelecer os requisitos necessários à elaboração do projeto básico de obras e às composições dos custos unitários dos serviços e definir, de forma clara e objetiva, os critérios que permitam selecionar a melhor proposta para a Administração.
2. Os prazos estabelecidos no edital para a apreciação de recursos interpostos por empresas interessadas no certame e os critérios de desclassificação das licitantes devem ser respeitados.
3. A indicação de marca somente é aceitável para fins de padronização, quando o objeto possuir características e especificações exclusivas, mediante a apresentação de justificativa fundamentada em razões de ordem técnica.
4. As planilhas de referência e as propostas dos licitantes devem conter a discriminação de todos os custos unitários envolvidos, com a explicitação da composição do BDI utilizado na formação dos preços.
5. Os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.666/1993, não estão sujeitos à estrita observância da referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados.
6. As entidades do Sistema "S" têm liberdade procedimental para aprovar os regulamentos internos de licitação de suas unidades.⁶¹

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AQUISIÇÃO DE FROTA DE CARROS À REVELIA DO DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO - ILÍCITO ADMINISTRATIVO QUE FOI COMPROVADO DE FORMA CABAL E ROBUSTA PELO VASTO ACERVO DOCUMENTAL CONSTANTE DO INQUÉRITO CIVIL ABSTENÇÃO IRREGULAR DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

⁶⁰ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação n. 020.516/2006-4, Acórdão 62/2007 Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 05 nov. 2014.

PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO QUE CONSIDERA ASPECTOS SINTOMÁTICOS DA VEDADA "PREFERÊNCIA DE MARCA" VIOLAÇÃO AO ART. 25, I, DA LEI DE LICITAÇÕES - ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONDENAÇÃO DOS AGENTES IMPROBOS E DA CONCESSIONÁRIA (EXTRANEUS) QUE SE BENEFICIOU DO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPÚRIO - MULTA QUE DEVE SER COMINADA NA PROPORÇÃO DA GRAVIDADE DA CONDUTA E EM CONSONÂNCIA COM SUA FUNÇÃO EDUCATIVA - SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO - DOSIMETRIA EFETUADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.⁶²

Especificamente em relação à questão da padronização, esclareça-se que se trata de hipótese excepcional, que deverá estar devidamente justificada sob o ponto de vista técnico. Exemplo comum é aquele em que se verifica a necessidade de se adquirirem insumos de determinada marca para fins de guardar compatibilidade com o respectivo equipamento no qual será utilizado.

A casuística traz diversos casos em que é cabível a escolha da marca com a finalidade de padronização.

Em caso julgado no ano de 2010, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir o Agravo de Instrumento n. 70038596680, considerou legal a exigência de marca de tiras de teste de glicose, mediante a constatação de que havia decreto local regulamentando a padronização por conta da existência de diversos usuários que possuíam aparelhos da referida marca:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ABERTURA DE PROPOSTAS. EDITAL. INDICAÇÃO DE MARCA DE TIRA DE TESTE E GLICOSÍMETRO. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. DECRETO MUNICIPAL DE PADRONIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE USUÁRIOS DO APARELHO DA MARCA INDICADA, QUE NECESSITAM DA REPOSIÇÃO DE FITAS COMPATÍVEIS. TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE LICITANTES RESPEITADO. SUSPENSÃO DA ABERTURA DAS PROPOSTAS. DESCABIMENTO. Havendo justificativa para a indicação da marca de tira de teste de medir glicose no edital de licitação, uma vez que existente decreto municipal de padronização, diante do fato de que há usuários do aparelho daquela marca, que necessitam da reposição de fitas compatíveis, evitando-

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0007809-63.2005.8.019.0001. Relator: Des. Mario Guimarães Neto. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D705A416194920ABC875DF6B17FF68263C4031C040A>. Acesso em: 05 nov. 2014.

se a troca anual do aparelho, caso outro seja o vencedor na licitação, acrescido ao fato que os novos usuários dependem da entrega do aparelho e respectiva fita, sendo a licitação de maior número de fitas do que de aparelhos, não há que se falar em desrespeito ao tratamento isonômico entre os licitantes, sendo indevida a suspensão da abertura dos envelopes, devendo ser mantida a decisão que indeferiu a liminar pleiteada. Agravo de instrumento desprovido.⁶³

Diante do exposto até aqui, consolida-se, portanto, que é vedada a escolha de marca quando da especificação do objeto a ser licitado, exceto em casos tecnicamente justificáveis, em especial naqueles em que haja necessidade de padronização.

Note-se, contudo, que o título deste ponto menciona a possibilidade de rejeição de marcas e não de sua escolha. Nada obstante isso, toda a argumentação acima exposta para endossar a legalidade da escolha presta-se, guardadas as devidas peculiaridades, a embasar a rejeição de determinadas marcas.

O que se pretende discutir, objetivamente, é a possibilidade de se considerar legal que, já na especificação do objeto e, igualmente, no edital da licitação, o órgão licitante aponte ao público quais marcas serão sumariamente consideradas inaceitáveis e que, se ofertadas, acarretarão a desclassificação da proposta.

É que há casos em que determinada marca é reconhecidamente de baixa qualidade pelo mercado. Canetas esferográficas que funcionam por dois ou três dias, cartuchos de tinta de ínfima durabilidade e gêneros alimentícios de sabor e higiene duvidáveis são apenas alguns exemplos do que ora se trata.

As perguntas que se fazem, portanto, são: poderia o poder público, justificadamente, a exemplo da possibilidade de escolha, rejeitar algumas marcas em seus editais de licitação? Seria razoável obrigar exatamente o Estado a gastar o erário para fomentar a atividade de empresas que prestam péssimos serviços e produzem bens de reconhecida deficiência qualitativa?

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70038596680. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Disponível em: <http://tjrs.vlex.com.br/vid/-243960762>. Acesso em: 05 nov. 2014.

As respostas que se afiguram mais adequadas às duas indagações são, respectivamente, sim e não.

Conforme já se ressaltou neste trabalho, a perspectiva regulatória permite que se adotem soluções pragmáticas, desde que, naturalmente, legítimas e devidamente fundamentadas. Nesse sentido é que se consegue afirmar que é plenamente admissível a rejeição sumária de certas marcas em detrimento, por exemplo, de uma suposta isonomia.

Isso porque, em verdade, ao se implementar a rejeição, o Estado atuará regulando o mercado, ao deixar de incentivar a atividade dos maus fornecedores, além de melhor atender às finalidades públicas, em especial no que de refere à gestão dos gastos públicos. Além disso, ao contrário do que se possa imaginar, o poder público estará aperfeiçoando a isonomia, ao garantir a disputa somente entre aqueles que ofertem produtos de boa qualidade e que, portanto, não disputarão com outros que ofertariam preços inferiores, pois, em verdade, neste último caso, a qualidade também seguiria a característica do preço – inferior.

Acerca do tema, ao tratar do já referido artigo 7º, parágrafo 5º, da Lei n. 8.666/93, assim se manifestou Luciano Ferraz:

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 da 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 por prévia e tecnicamente justificável – sejam privadas de participar da licitação. Isso se passa, por exemplo, nos casos de comprovada ausência de durabilidade de 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, por que 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, por que não admitir que se possam excluí-las?⁶⁴

Consolidado o posicionamento favorável à rejeição das marcas, é fundamental ainda deixar registrada uma observação: que tal prática deve sempre ser adotada para melhor

⁶⁴FERRAZ, op. cit., p. 34.

atender ao interesse público e jamais para satisfazer às vontades e preferências pessoais de quem quer que seja.

Ou seja, a decisão de afastar da disputa uma certa marca deve ser técnica, farta e objetivamente justificada. Por essa razão, não se há de cogitar, por exemplo, de rejeitar televisores da marca X simplesmente porque o dirigente da entidade licitante não gosta dessa marca.

Nesse sentido, com o objetivo de imprimir máxima objetividade ao processo que pode redundar na decisão administrativa de rejeição, afigura-se aconselhável que o órgão licitante se cerque de procedimentos, rotinas e critérios que venham a nortear a tal decisão. Por exemplo, pode-se estabelecer que somente poderá ser rejeitada marca, cujas amostras já tenha sido sistematicamente reprovadas pelo próprio órgão ou por outros órgãos da administração pública. Ou, ainda, pode o órgão se valer de laudos técnicos emitidos por importantes e reconhecidas entidades⁶⁵, nos quais esteja registrada e comprovada a baixa qualidade dos produtos.

Conforme se observa, o tema analisado neste ponto constitui, por meio da licitação, valioso instrumento de regulação de mercado e de otimização das compras e dos gastos públicos. Entretanto, deve ser utilizado de modo excepcional e sempre objetivamente justificado, sob pena de configurar odiosa medida de cunho subjetivo, que nada terá de relação com o interesse público.

⁶⁵ Por exemplo, pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) ou pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

5. A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO SOCIAL

Conforme estudado no capítulo anterior, a regulação econômica caracteriza-se por objetivar a correção de falhas de mercado e/ou a promoção da estabilização e do desenvolvimento econômico. Ficou ainda ressaltado que, embora se tenha tratado de regulação econômica, é inegável que os resultados alcançados também repercutem no campo social.

Mas há uma espécie de regulação cujos objetivos são predominantemente sociais, isto é, sua aplicação visa, fundamentalmente

à promoção de valores sociais e culturais. Tal tipo de regulação está associado não à correção de falhas de mercado convencionais, conforme descritas pela teoria econômica, mas à realização de valores mediante proteção garantida em norma.⁶⁶

Tal como no capítulo anterior, serão analisados a seguir alguns casos, em rol não exaustivo, em que a licitação, ou sua dispensa, assumem a função de instrumento de regulação, dessa vez social.

5.1. Inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho

A Lei n. 8.666/93 admite, dentre as hipóteses de dispensa de licitação, a contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. É o que prevê o artigo 24, inciso XX, que vai ao encontro do artigo 203, IV, da Constituição Federal.

A lei menciona expressamente a deficiência física, mas a compreensão mais adequada parece ser aquela que abarca na hipótese legal qualquer deficiência, sem que isso,

⁶⁶ MATTOS, op. cit., p. 51.

represente “interpretação ampliativa de regra estrita. Trata-se de revelar a exata extensão da regra legal”.⁶⁷

Em primeiro lugar, cabe breve apontamento sobre a dispensa de licitação, cujas causas estão elencadas no artigo 24 da Lei n. 8.666/93. Trata-se de hipóteses nas quais até há viabilidade de se estabelecer competição, mas que o legislador, por alguma razão específica, dispensou o poder público de implementar um procedimento licitatório típico.

No caso em análise, o objetivo do legislador está muito claro: promover a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Para isso, admitiu que o Estado lance mão de seu poder de compra para financiar o alcance do objetivo.

Trata-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. Produz-se uma espécie de “função social do contrato administrativo”, no sentido de que a contratação é instrumento de realização de outros valores sociais.⁶⁸

Os requisitos para a validade da contratação direta são a finalidade não lucrativa da associação, sua idoneidade e a compatibilidade de preço com o mercado. Nota-se aqui que, apesar do afastamento do dever de licitar, mantiveram-se parâmetros que resguardam princípios basilares da administração pública, como a moralidade e a economicidade⁶⁹, com as devidas ressalvas adiante tratadas, quanto a esta última.

A finalidade não lucrativa não deve ser confundida com a finalidade filantrópica. A entidade contratada tem de oferecer um serviço de qualidade e adequado ao Estado. A contratação não configura, pois, um ato de liberalidade por parte do Estado. Antes, ela deve ser útil, como sempre, à satisfação do interesse público. O que distingue a escolha da contratada é o fato de que, em vez de buscá-la pelo meio tradicional, ou seja, pela licitação de ampla participação, o Estado a contrata diretamente, nos termos da lei.⁷⁰

Uma última observação diz respeito à compatibilidade do preço com o mercado.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 323.

⁶⁸ Ibid., p. 322.

⁶⁹ A moralidade é agasalhada por meio da exigência de idoneidade e de ausência da finalidade lucrativa da associação. Já a economicidade se verifica pela necessidade de que o preço seja compatível com o mercado.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 323.

Essa compatibilidade não deve ser compreendida no sentido de se exigir o menor preço, tal como se procede em uma licitação ou numa pesquisa de preços para uma tradicional contratação direta, pois, assim fosse, não seria necessário estabelecer uma hipótese excepcional de contratação.

Ao promover a contratação de instituição que preencha os requisitos do inc. XX do art. 24, a Administração estará fomentando a superação das carências individuais e a eliminação das desigualdades. Busca reduzir as diferenças entre as classes sociais. Promove a dignidade das pessoas. Assegurar trabalho aos excluídos e aos carentes é um dever do Estado. Logo, o eventual excesso desembolsado pela Administração para obter o objeto contratado deve ser qualificado como uma forma de fomento e incentivo, enquadrando-se no desempenho de funções sociais impostas ao Estado.⁷¹

Portanto, o que se verifica é a possibilidade de uma relativização da economicidade da contratação, sob o ponto de vista estritamente financeiro. O que não significa, que fique claro, a admissão de preços exorbitantes e fora da razoabilidade. É necessário buscar o ponto de equilíbrio entre o preço pago a maior e os benefícios sociais alcançados. Nesse sentido, cada caso concreto deverá ser avaliado individualmente.

Ainda com vistas à inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, cabe citar um normativo local, editado pelo Poder Executivo, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se da Lei Estadual n. 4.340, de 27 de maio de 2004, a qual estabelece que, nas licitações promovidas por órgãos e entidades da administração pública do Estado do Rio de Janeiro, para contratação de prestação de serviços que prevejam o fornecimento de mão-de-obra, constará obrigatoriamente cláusula que assegure reserva de vagas para pessoas com deficiência, desde que esta não seja incompatível com o exercício das funções objeto dos contratos.

⁷¹ Ibid., p. 324.

5.2. Aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica

Outra hipótese em que a Lei n. 8.666/93 admite a dispensa de licitação está prevista no artigo, 24, inciso XXI. Cuida-se da contratação direta cujo objeto é a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.

Mais uma vez, resta evidente o objetivo regulatório dessa causa de contratação direta: fomentar a pesquisa científica e tecnológica.

A norma é principalmente dirigida às universidades. O Estado as dispensa de licitar para a aquisição dos já citados bens e insumos.

A hipótese ora tratada não impõe muita discussão acerca de seu conteúdo e abrangência, pois estão muito bem delineados pelo próprio texto normativo. Cabe apenas uma observação, trazida por Marçal Justen Filho:

A regra dá respaldo à aquisição de bens cuja única destinação seja a atividade de pesquisa. Compreende tanto aqueles que sejam essenciais à atividade de pesquisa, como também os meramente úteis a ela. A aplicação da regra não exige evidenciar que, sem dado equipamento, a pesquisa será impossível. Basta verificar que o bem será utilizado na atividade de pesquisa, ainda que acessoriamente. No entanto, somente estarão abrigados aqueles bens relacionados com o processo de pesquisa propriamente dito. O fundamento da dispensa é a impossibilidade de definição antecipada do bem que melhor satisfaz a necessidade perseguida pelo Estado. Logo, não há cabimento em adquirir sem licitação cadeiras ou mesas para secretárias – ainda que tais bens sejam instalados no local destinado à pesquisa. É que a atividade de pesquisa não se relaciona com essas cadeiras ou mesas.⁷²

É necessário, portanto, máximo cuidado, por parte do administrador público, quando pretender se valer desse caso de dispensa de licitação, em especial para não extrapolar os limites e as finalidades da lei e, com isso, tornar a contratação nula.

5.3. Celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais

⁷² Ibid., p. 325.

A Lei n. 9.637/98 introduziu no cenário da Administração Pública brasileira a figura das organizações sociais (OS).

Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, criadas por particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, mediante incentivo e fiscalização do Poder Público, com o qual se estabelecerá vínculo jurídico por meio da figura denominada contrato de gestão.⁷³

As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais estão voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

A lei criadora das organizações sociais estabeleceu uma série de medidas de fomento a essas entidades, com fundamento obviamente na parceria que se firma com o Estado por meio do contrato de gestão. Dentre tais medidas, destacam-se: a destinação de recursos orçamentários e bens públicos, a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem e a declaração como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Quanto ao contrato de gestão, compreende-se como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades específicas desenvolvidas pela referida entidade. Esse instrumento, portanto, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Esse conjunto de medidas de fomento que, conforme visto, contempla até mesmo repasses financeiros do Estado para a entidade, pode despertar certa desconfiança acerca da legitimidade da atuação das organizações sociais, não raro apontadas em casos midiáticos

⁷³ DI PIETRO, op. cit., p. 419.

como meio para se desviar dinheiro público, criativo que é, em regra, o administrador público brasileiro.

Contudo, não se pode negar que, se tratadas com a devida seriedade, as organizações sociais podem sim representar um importante parceiro do Estado.

Expostas as principais noções acerca das organizações sociais, iniciar-se-á a seguir a análise do tema central deste ponto, que é a contratação, sem licitação, dessas entidades, para fins de prestação de serviços relativos às atividades contempladas no contrato de gestão, nos termos do artigo 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93.

Consoante facilmente dedutível, a citada causa de dispensa de licitação constitui-se em mais uma medida de fomento às atividades das organizações sociais. Caso o objeto da prestação de serviço seja relacionado com o contrato de gestão, o Estado poderá contratar diretamente, sem licitar, a entidade qualificada.

A principal discussão no âmbito do assunto deste ponto girou em torno da constitucionalidade do inciso XXIV do artigo 24, da Lei n. 8.666/93, exatamente o que introduziu no ordenamento jurídico a hipótese de dispensa de licitação.

A questão foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF, distribuída em dezembro de 1998 e definitivamente julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 16 de abril de 2015. Por ocasião do julgamento da medida cautelar, ocorrido em agosto de 2007, decidiu-se pelo seu indeferimento, devido à não identificação do *periculum in mora*, um dos requisitos para a concessão da medida antecipatória.

Contudo, em 19 de maio de 2011, o Ministro Luiz Fux apresentou seu voto, que foi o vencedor, no sentido de considerar parcialmente procedente o pedido declaratório de inconstitucionalidade, para conferir interpretação conforme à Constituição, dentre outros dispositivos atacados, ao inciso XXIV do artigo 24, da Lei n. 8.666/93.

Na origem, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista asseveram a inconstitucionalidade dessa hipótese de dispensa de licitação, sob o argumento de que haveria burla à regra constitucional do dever de licitar, estabelecido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Em seu extenso e bem fundamentado voto, o Ministro Luiz Fux apresentou um profundo panorama acerca do tema tratado, de modo que a transcrição de alguns trechos é inevitável e bastante salutar para a adequada compreensão da questão:

A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

[...]

O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

[...]

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social. Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, caput, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[...]

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADIn nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal.

[...]

Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêem outros casos de dispensa, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais.

[...]

De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93.⁷⁴

Por meio de seu voto, portanto, o Ministro Luiz Fux deixou assentada a constitucionalidade do artigo 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, afastando, por conseguinte, a afirmação de que tal dispositivo constituiria afronta ao dever de licitar. Ao contrário, reconheceu o julgador que a dispensa do dever de licitar, nesse caso, consiste em medida válida e legítima, dentro da perspectiva da função regulatória da licitação, uma vez que

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf. Acesso em: 07 mai. 2015.

introduz importante fonte de fomento às atividades desenvolvidas pelas organizações sociais, parceiras que são da Administração Pública.

Sinalizou, entretanto, o Ministro, embora desnecessário, que todo o procedimento que conduza à dispensa de licitação com fundamento na causa ora tratada se dê de forma pública, objetiva e impessoal, observados ainda os princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

Uma última observação sobre o tema recai sobre se seria possível a extensão da medida de fomento da contratação direta das organizações sociais também às organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), criadas pela Lei n. 9.790/99, as quais possuem contornos bem semelhantes aos das OS.

As principais diferenças entre as referidas entidades estão na natureza do ato que as qualifica, pois, no caso das organizações sociais, trata-se de ato discricionário, enquanto em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, a natureza é vinculada⁷⁵, assim como no instrumento que vincula juridicamente essas entidades ao Poder Público: contrato de gestão, para as organizações sociais e termo de parceria, para as OSCIPs.

Seria, portanto, possível, sob o ponto de vista jurídico, que as OSCIPs também fossem beneficiadas pela dispensa de licitação, contida no artigo 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, a despeito de a norma legal mencionar expressamente apenas as organizações sociais?

No campo doutrinário, há entendimento no sentido de que “o termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social”⁷⁶, concluindo-se, assim, pela possibilidade de que as contratações mencionadas no art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/93 se estendam às OSCIPs.

Em sentido contrário, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 1.777/2005, proferiu decisão assim ementada:

⁷⁵ Isso se infere da expressão “poderá”, contida no *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.637/98 e da menção expressa à natureza vinculada do ato, no artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.790/99.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 336.

Relatório de Auditoria. Lei n.º 9.790/99. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Termo de Parceria. Terceiro Setor. Atuação do Tribunal. Limite de remuneração da administração pública. Inaplicabilidade da Lei n.º 8.666/93 às Oscips. Regularidade previdenciária, fiscal e perante o FGTS. Submissão às vedações estipuladas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias. Prévia comprovação de capacidade operacional. Hipóteses de perda de qualificação como Oscip. Escolha do parceiro privado. Natureza jurídica do Termo de Parceria. Considerações. Melhorias em procedimentos de auditoria. Organizações Não-Governamentais. Parcerias público-privadas. Considerações. Recomendações. Determinação. Envio de cópia do Relatório, Voto e Acórdão ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Ministério da Justiça, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Arquivamento.⁷⁷

A Corte de Contas Federal, portanto, compreende aplicável a dispensa de licitação regulatória apenas às organizações sociais, entendimento que se afigura mais adequado, em especial num contexto excepcional, que demanda interpretação restritiva.

Ressalte-se, por fim, inovação legislativa recente, que tende a dar maior relevo às OSCIPs. Trata-se da Lei n. 13.019/2014, ainda não vigente⁷⁸, que tem por objeto, em especial, a definição de diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil. A norma traz a definição de interessantes instrumentos jurídicos no âmbito da regulação, como o termo de colaboração, o termo de parceria e o chamamento público, respectivamente nos incisos VII, VIII e XII do artigo 2º.

5.4. Contratação de cooperativas ou associações de catadores de materiais recicláveis

O artigo 24, XXVII, da Lei n. 8.666/93 prevê que possa contratar, sem licitação, os serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.777/2005. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SviHighLight>. Acesso em: 07 mai. 2015.

⁷⁸ A Lei n. 13.019/2014 entrará em vigor 540 (quinhentos e quarenta) dias após sua publicação, que se deu em 1º de agosto de 2014.

poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

O fomento às atividades desenvolvidas pelos catadores de materiais recicláveis fundamenta mais essa medida regulatória de cunho social, levada a efeito por meio da dispensa de licitação.

O destino final dos resíduos sólidos constitui um dos principais problemas sanitários dos grandes centros urbanos. E, além de seus aspectos ambientais evidentes – a serem tratados por usinas de reciclagem de lixo e outras soluções tecnológicas –, acarreta notória questão social, qual seja a de atrair populações de baixa renda para atividades de seleção dos resíduos segundo a sua natureza, basicamente dividida entre materiais recicláveis e não recicláveis, com o fim de dar destinação econômica aos recicláveis. Associações e cooperativas de formam com esse objetivo, devendo ser consideradas na formulação de uma política pública que defina as alternativas de tratamento eficiente e eficaz do problema.⁷⁹

Merecem destaque dois requisitos que se podem extrair do texto normativo.

As associações ou cooperativas devem ser formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, as quais devem ser também reconhecidas pelo poder público como catadores de material reciclável.

Há necessidade, portanto, de que o ente contratante verifique a condição social dos associados ou cooperados e ainda que os reconheça formalmente como catadores de material reciclável, o que dependerá de como cada ente regulamenta esse assunto no campo de sua esfera de competências.

O outro requisito configura a exigência de uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. E não poderia se diferente, até porque admitir-se o contrário seria algo completamente contraditório, tanto com a ideia de proteção ao meio ambiente, quanto com a de incentivar a atividade dos catadores.

Nesse ponto, pode-se afirmar até que a lei assume também função pedagógica e educativa, ao condicionar a benesse da contratação direta à adequada utilização dos equipamentos na atividade de coletar e reciclar o lixo.

⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007, p. 337.

5.5. Contratação de serviços para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos

A Lei n. 12.873/2013 trouxe para o rol do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 mais uma hipótese de dispensa de licitação, que guarda notório intuito regulatório social.

O novo inciso XXXIII do artigo 24 dispõe ser dispensável a licitação para a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

Esse novo dispositivo legal evidencia o quão amplo pode ser o alcance da licitação como instrumento de regulação, no caso, social. Aqui, trata-se de tentar prover o Estado de mais mecanismos para o efetivo combate aos nefastos efeitos das secas e da falta regular de água.

Interessante observar o público alvo da lei: famílias rurais de baixa renda. Contudo, o que se tem assistido nos últimos anos, nas maiores metrópole do país, com destaque para a capital paulista⁸⁰, demonstra que não só as famílias rurais merecem ser beneficiadas, mas também as urbanas.

A contratação direta, portanto, terá como destinatárias somente entidades privadas sem fins lucrativos, do que se conclui que as que tenham finalidade lucrativa somente poderão ser contratadas mediante licitação, por mais capacitadas e aparelhadas que estejam para desempenhar as atividades de implementação de cisternas. É que também é intuito da lei fomentar a criação de pessoas jurídicas que se prestem a desempenhar essas atividades voltadas mais para os resultados sociais do que econômicos.

⁸⁰ Refere-se aqui à crise hídrica, cujos contornos mais graves se evidenciaram durante meses entre os anos de 2014 e 2015.

5.6. Proteção ao menor contra modalidades de trabalho constitucionalmente vedadas

A Lei n. 9.854/1999 incluiu no rol dos requisitos de habilitação das licitações o cumprimento, por parte dos licitantes, do que consta do inciso XXXIII, do artigo 7º, CRFB: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

Na prática, os licitantes firmam declaração no sentido de que atendem ao ditame constitucional e, assim, se entende por atendido o requisito constante do inciso V, do artigo 27 da Lei n. 8.666/93.

Note-se ainda que o descumprimento ao artigo 7º, XXXIII, CRFB não só impacta na habilitação dos licitantes, mas também figura como causa de rescisão do respectivo contrato administrativo, consoante os termos do inciso XVIII do artigo 78 da Lei n. 8.666/93, igualmente acrescentado pela Lei n. 9.854/1999.

Acerca da validade dessa medida normativa, que possui evidente intuito regulatório no campo social, a doutrina especializada diverge.

Marçal Justen Filho assim se manifesta, veementemente:

A introdução do inc. V para o art. 27 apenas pode ser lamentada. Trata-se de um desvio de função para os requisitos da habilitação. Estabeleceu-se que o cumprimento ao disposto no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal passaria a constituir requisito de habilitação. O dispositivo aludido tutela os menores. Não existe, nesse ponto, qualquer questionamento à regra constitucional, que merece incentivo e exige aplicação. O problema reside no relacionamento entre habilitação e proteção aos menores. A habilitação não se destina a esse fim, mas a verificar se os licitantes se encontram em condições de executar o objeto licitado. A alteração legislativa impõe desvio de competência, eis que a função da habilitação será desnaturada.⁸¹

Compreende o professor Marçal, portanto, que a norma padece de proporcionalidade, pois se revelaria inadequada aos fins a que almeja. Ou seja: os menores merecem proteção em face de eventual exploração do seu trabalho. Contudo, não seria a licitação o meio adequado para se regular tal matéria.

Comungando dessa mesma opinião está Flávio Amaral Garcia, para quem:

⁸¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 392.

A despeito de se reconhecer a função regulatória das licitações em algumas hipóteses, deve-se atuar com certa cautela para que a licitação não se desvirtue e ceda espaço para toda sorte de ações afirmativas que, frise-se, são da mais alta relevância, mas que podem, talvez, ser viabilizadas por outros meios menos onerosos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.⁸²

Em sentido oposto posiciona-se Jessé Torres Pereira Junior, que tece até elogios à severidade do inciso V, do art. 27, da Lei n. 8.666/93:

O combate ao trabalho infantil desafia todos os países, sendo auspicioso que tenha sido alçado a política pública constitucional brasileira. Por isto que não se pode correr o risco, ainda que involuntário fosse, de o Estado conestar violações à tutela de proteção, acaso contratasse adjudicatário que a desrespeitasse.⁸³

Tem-se por mais adequado esse segundo entendimento. Primeiro, porque a perspectiva regulatória nas licitações públicas pressupõe mesmo que outros valores estejam em cena, além daqueles ortodoxamente cogitados. Dessa forma, a visão restritiva das finalidades da habilitação vai de encontro à necessária visão pragmática e de certa forma ativista da função regulatória.

E em segundo lugar, porque a mesma crítica que se formula relativamente ao inciso V, do art. 27, da Lei n. 8.666/93 dever-se-ia estender ao inciso IV⁸⁴.

Explica-se: em não se considerando adequada a utilização da licitação para fins de proteção ao menor, porque tal questão não teria relação com a habilitação e deveria ser fiscalizada pelas vias próprias, de igual modo não se deveria cogitar de a licitação se prestar a aferir a regularidade fiscal e trabalhista dos licitantes, pois tais circunstâncias igualmente não guardam relação direta com a capacidade dos concorrentes e deveriam ser fiscalizadas somente pela Fazenda Pública e pelos órgãos trabalhistas competentes.

Reitera-se, dessa forma, a adesão ao entendimento de que a proteção ao menor contra modalidades de trabalho constitucionalmente vedados deve ser compreendida como medida regulatória legítima no âmbito das licitações públicas.

⁸² GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 110.

⁸³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTE, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40.

⁸⁴ O inciso IV do art. 27 da Lei n. 8.666/93 dispõe que para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos participantes a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista.

CONCLUSÃO

A atenta leitura do texto que ora se encerra não deixa dúvidas acerca do quão vastas são as possibilidades jurídicas que podem surgir da denominada função regulatória da licitação.

O dever de licitar, assim como a dispensa legal desse ônus, podem e devem ser manejados pelo Estado com o fim de fomentar ou inibir condutas, visando ao melhor planejamento da atividade estatal, otimizando-a e tornando-a mais eficiente.

Esse manejo, entretanto, deve estar acompanhado da noção de que a licitação, ao assumir sua função regulatória, não pode abandonar por completo suas finalidades e contornos originais. Assim é que se pode afirmar que devem guiar as decisões regulatórias os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da isonomia.

O primeiro exige que se verifique se a medida que se pretende adotar é adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito.

Será adequada, caso se constate que a decisão efetivamente produzirá os efeitos que se almeja materializar; necessária, se a produção desses efeitos se der num cenário menos gravoso possível dentre os previstos; e proporcional em sentido estrito, se, embora danos sejam antevistos, os benefícios forem ainda maiores, isto é, se a relação custo x benefício for positiva.

No que toca à eficiência, a atenção deve estar voltada para que o ideal regulatório não acabe desvirtuando completamente as finalidades originais do procedimento licitatório e produzindo uma contratação excessivamente onerosa para o Estado.

Por fim, a isonomia, valor que rege todo o atuar da Administração Pública, mas que se apresenta de modo ainda mais contundente e irrenunciável quando o assunto são as contratações públicas. Deve-se atentar para que as decisões regulatórias introduzam critérios

discriminatórios apenas nas hipóteses em que se estiver lidando com os que verdadeiramente se enquadram como desiguais, sob pena de se revelarem medidas veiculadoras de odiosos privilégios, que nada têm de relação com a regulação.

Fica evidente, pois, que são diversos e complexos os valores em jogo. Caberá, assim, ao administrador público conciliá-los e harmonizá-los caso a caso, cumprindo o seu papel em todo esse processo: o de fundamentar com qualidade jurídica, honestidade e coerência as decisões de cunho regulatório, sob pena de transformá-las em exemplares de amadorismo ou, em pior hipótese, de má-fé.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm/97>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110180.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. SL n. 176/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SL%24%2ESCLA%2E+E+176%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/aesuupz>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Projeto de Lei Complementar n. 123 de 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FEF6C47F1325F7E05710160CD80215EB.proposicoesWeb1?codteor=193056&filename=PLP+123/2004. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação n. 020.516/2006-4, Acórdão 62/2007 Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0007809-63.2005.8.019.0001. Relator: Des. Mario Guimarães Neto. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D705A416194920ABC875DF6B17FFF68263C4031C040A>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70038596680. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Disponível em: <http://tjrs.vlex.com.br/vid/-243960762>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator para acórdão: Ministro Luiz Fux. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf. Acesso em: 07 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.777/2005. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acesso em: 07 mai. 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, v. 72, ano XXVII, n. 3, jul-set. 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LEITE, Marcelo Lauar. *Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural*. Monografia premiada no III Prêmio SEAE. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/rafapsc/Meus%20documentos/Downloads/3.%20MONOGRAFIA_-_Funcao_Regulatoria_da_Licitacao.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

_____. A formação do Estado regulador. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 76, Nov 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHUANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, n. 32, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei n. 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10. n. 38, jul-set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007.

_____. DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Função Regulatória*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/redae. Acesso em: 6 jan. 2014.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, A. Graeme. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. Tradução Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set-dez. 2013.