



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Função Regulatória da Licitação

Luiza Fernandes Grain

Rio de Janeiro
2010

LUIZA FERNANDES GRAIN

Função Regulatória da Licitação

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Kátia Araujo
Nelson Tavares
Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

Luiza Fernandes Grain

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Advogada da Petrobras. Pós-graduada em Direito Empresarial com Concentração em Regulação e Negócios de Petróleo e Gás pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Resumo: Licitação é o procedimento administrativo para contratação de [serviços](#) ou aquisição de produtos pela Administração direta e indireta, cuja função precípua é selecionar a proposta mais vantajosa economicamente, obedecendo aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. No entanto, recentemente, em consonância com o papel do Estado na economia, de Estado Regulador, a licitação tem apresentado uma nova função, a função regulatória, sendo mais um instrumento de intervenção do Estado na economia. Assim, a essência do trabalho é analisar essa função regulatória da licitação, abordando casos concretos ocorridos no mercado brasileiro, em que a licitação foi utilizada como instrumento de intervenção do Estado.

Palavras-chaves: Licitação; Princípios da Licitação; Função Social da Licitação; Direito Econômico; Estado Regulador; Dominação de mercado; Intervenção do Estado na Economia.

Sumário: Introdução; 1. Da Licitação; 2. A Função Regulatória do Estado; 3. Da Função Regulatória da Licitação; 4. Da Análise dos Casos Concretos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado se baseia na análise de casos concretos ocorridos em procedimentos licitatórios brasileiros, nos quais a Administração Pública utilizou a licitação como forma de intervenção do Estado na economia, dando à licitação uma nova função, a função regulatória de mercado.

No primeiro caso, uma empresa de fornecimento de “quentinhas” para presídios vinha vencendo reiteradamente todas as licitações, passando a dominar o mercado. Diante disso, as outras concorrentes não conseguiam competir com ela, levando o Estado a intervir no mercado, restringindo a participação dessas empresas nas licitações.

No segundo caso, a Loterj - Loteria do Estado do Rio de Janeiro, teria vedado a participação de uma empresa numa licitação estadual, tendo em vista que ela já havia ganho uma licitação federal, prestando os mesmos serviços para a Caixa Econômica Federal. Nessa hipótese, caso a empresa também ganhasse a licitação estadual, estaria prestando o mesmo serviço para a Administração estadual e para a federal, caracterizando monopólio do mercado.

Já no terceiro caso, o Estado do Rio de Janeiro realizou uma contratação direta e exigiu que a empresa contratada preenchesse o requisito de ter no seu quadro de funcionários um número mínimo de deficientes físicos empregados.

Por fim, um caso vivido pela Petrobras, relativo à 8ª Rodada de Licitações para a outorga de contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco exploratório, em que a ANP restringiu a participação da Petrobras na exploração desses blocos.

Assim, a partir desses casos concretos ocorridos no mercado brasileiro, o presente trabalho busca analisar essa nova função da licitação, de regulação do mercado.

1 – DA LICITAÇÃO

1.1 CONCEITO

Licitação é um procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à Administração uma aquisição, uma venda ou uma prestação de serviços da forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A licitação visa a garantir a moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da Administração Pública e também a valorização da livre iniciativa, pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, bem como de comprar ou vender ao Poder Público.

1.2 DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

É sabido que, no Direito Administrativo brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para a aquisição de bens, como para a prestação de serviços para a Administração, tendo como fundamento legal na norma constitucional o artigo 37, inciso XXI; e, na norma infraconstitucional, o artigo 2º da Lei nº 8.666/93.

1.3 DOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

A licitação é norteada por princípios, alguns expressos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que orientam como o procedimento deve ser desenvolvido. São eles o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da

probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas.

O princípio da legalidade determina que a atuação do administrador deve seguir a imposição da lei que, em última análise, há a garantia do indivíduo contra abusos ou desvio de poder. Assim, a licitação deve obedecer ao devido processo legal, de maneira que a Administração defina a modalidade e o tipo do procedimento, assim como todos os requisitos técnicos e comerciais exigidos para a contratação, verificando se os licitantes preenchem os mesmos.

O princípio da moralidade exige que o procedimento se pautem em conceitos éticos; já o da impessoalidade indica que a Administração não pode estabelecer privilégios odiosos no edital.

O princípio da igualdade ou isonomia determina que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação, ou seja, todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições.

De acordo com o princípio da publicidade, a licitação deve ser amplamente divulgada, possibilitando o conhecimento de suas regras ao maior número de pessoas. Com isso, a possibilidade de selecionar a melhor proposta existente no mercado é maior.

O princípio da probidade está ligado à boa-fé, honestidade, exigindo que a Administração atue com lisura no procedimento, garantindo que a licitação esteja voltada ao interesse público e não particular.

Segundo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. A atuação da Administração deve ser pautada nas regras previstas no instrumento convocatório.

O princípio do julgamento objetivo busca afastar a possibilidade de utilização de critérios subjetivos na escolha da melhor proposta, descartando favorecimento ou imposição de gostos pessoais do administrador. Os fatores de escolha devem ser previamente estabelecidos no instrumento convocatório e as eliminações devidamente justificadas.

Por fim, Souto (2005) traz também o princípio da competitividade. Segundo o autor, a Administração está impedida de formular exigências não compatíveis com o objeto da contratação, sob pena de violar o princípio da universalidade, previsto no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

2 – A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

2.1 O SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR

O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conceito de atividade administrativa, em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado do bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização das funções públicas para particulares.

De acordo com Souto (2005), o que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público, ambas sob regulação estatal. Trata-se de desestatizar atividades, transferindo a execução de determinadas atividades da pública para a privada, sem escapar à regulação estatal.

A motivação da regulação seria prevenir e corrigir as falhas de mercado, tomando como parâmetro o “mercado perfeito”, que é aquele em que existe suficiente difusão do poder econômico, sem mercadorias públicas, sem externalidades, sem custo de transação e com informação completa.

O papel do Estado, assim, é fazer algo quando o mercado não pode agir só, valendo-se de ferramentas regulatórias como proibições, licenças, fixação de padrões técnicos de produção, de padrões de desempenho, subsídios, controle de preços, provisão de informações, atribuição de direitos de propriedade de responsabilidade.

2.2 A REGULAÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA

A regulação na ordem econômica tem por objetivo viabilizar o princípio da livre iniciativa e a defesa do consumidor, instituindo e preservando a competição onde ela seja viável e minimizando os efeitos do monopólio, onde ele se faça indispensável.

Assim, qual seria a relação entre a regulação concorrencial e a livre concorrência? De acordo com Leite (2008), a livre concorrência foi elevada ao *status* de princípio da ordem econômica nacional pela Carta Magna de 1988, se revelando como uma manifestação da liberdade de iniciativa de uma pluralidade autônoma de agentes econômicos no seio de um mercado competitivo.

A fim de garantir a sua plenitude, substituindo as falhas naturais dos mecanismos de mercado, criou-se a figura da regulação estatal pró-concorrencial. Esta se caracteriza por um caráter mais amplo, porquanto dinamiza a própria estrutura jurídica sob a qual estão inseridas as empresas atuantes em um sistema ideal de liberdade. É nesse sentido que a defesa da livre concorrência se revela como um dos aspectos do moderno modelo de regulação estatal.

Não é difícil perceber que, por vezes, o funcionamento do mercado pode gerar a concentração das atividades econômicas em um ou poucos agentes, acabando estes por influenciar preços e engendrar a dependência do consumidor em relação aos seus bens ou serviços.

Uma regulação ideal seria aquela que adaptasse da melhor maneira possível o mercado competitivo da livre concorrência, prevenindo a superveniência de condutas indesejáveis, coordenando os agentes econômicos. Há, assim, grande proximidade nos fundamentos da regulação e da livre concorrência. Nos casos dos ilícitos concorrenciais, percebe-se que a mera repressão por parte dos órgãos de defesa da concorrência pode se mostrar insuficiente, demandando-se a regulação como forma de imposição dos comportamentos desejados aos agentes econômicos. Deriva desse entendimento a posição do Estado brasileiro como agente normativo e regulador da atividade econômica, corporificada pelo artigo 174 da Constituição Federal.

Nessa ótica, um dos principais instrumentos de iniciação do Estado na regulação de determinado mercado será a licitação, que nos dá exemplos marcantes de regulação pró-concorrencial, ainda que fora da Indústria do Petróleo e Gás Natural.

Nesse sentido, na regulação para a competição, Sundfeld (1997), o objetivo é conceber uma estrutura de mercado economicamente viável, fazer licitações limpas e realistas para a escolha de novas empresas, inseri-las num sistema sem traumas para a qualidade do serviço, impedir que concorrentes se aliem ilicitamente.

A atividade regulatória se desenvolverá com a tradução de conceitos como “conduta abusiva”, “concentração”, “posição dominante”, “criação de dificuldade aos competidores”, “preço arbitrário”. Para Souto (2005), distingue-se do direito antitruste não só em função da especialização setorial como pelo fato de que este é passivo, cabendo às estruturas de defesa da concorrência a observação de fenômenos do mercado para atuar diante da anomalia presente ou potencial. A regulação é objetiva e busca,

especialmente pela via normativa, conduzir o setor regulado a um cenário de ampla competição, criando o mercado onde ele não existe (em decorrência do prévio monopólio) e preservando-o e estimulando-o onde já haja algum grau de amadurecimento dos agentes econômicos em atividade.

2.3 DA DESESTATIZAÇÃO

Um Estado Democrático de Direito pressupõe que o Poder Público, limitado por uma ordem jurídica, atue legitimado pela vontade soberana do povo, utilizando os recursos tomados do administrado para o atendimento ao bem comum. Quando os recursos deixam de ser suficientes ao atendimento de todos os interesses, a solução pode estar na diminuição da despesa ou na majoração da receita.

É, pois, nesse contexto de redução de gastos públicos, acarretando a substituição do investimento público pelo investimento privado, que se implementa um programa de desestatização, com a passagem do Estado Gestor para o Estado Regulador. Importante esclarecer que a desestatização representa gênero, do qual a privatização é espécie (Lei nº 9.491/97).

2.4 A PRIVATIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PASSAGEM DO ESTADO GESTOR PARA O ESTADO REGULADOR

A livre iniciativa, como fundamento do Estado Democrático de Direito, orienta os limites da atividade empresarial do Estado, dele derivando o princípio da abstenção, por força do qual é dever do Estado se abster do exercício de atividades econômicas em competição com o setor privado e é direito dos particulares não sofrerem tal competição e nem custearem, com suas poupanças, tal atividade empresarial do Estado.

A exceção decorre do princípio da subsidiariedade, que admite a atividade empresarial do Estado nas situações de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, assim reconhecidos em lei.

Ainda que legitimado relevante interesse coletivo a justificar a presença do Estado num determinado segmento econômico, esta só estará legitimada se o Estado puder ser mais eficiente que o particular, isto é, se puder produzir resultados de atendimento do interesse público inatingíveis pelo particular, em termos de qualidade, quantidade e prazo.

Igualmente indispensável que o resultado produzido represente o menor sacrifício ao administrado e que os recursos sejam empregados em setores que possam obter retorno, especialmente naqueles que não atraem a iniciativa privada, por conta do princípio da livre iniciativa.

O controle das privatizações será, pois, centrado no atendimento do princípio do planejamento, bem como no âmbito da gestão responsável do patrimônio público, sob o triplice aspecto da legalidade, legitimidade e economicidade.

Diante disso, a desestatização não deixa o administrado ao desamparo, posto que pela intervenção regulatória o Poder Público deixa de ser executor mas conserva a orientação do atendimento do interesse geral em segmentos relevantes; a regulação é mais democrática porque admite a participação popular nas audiências públicas que precedem a normatização e representa o atendimento do princípio da proporcionalidade, utilizado como fator de ponderação entre custos e benefícios das ações de interesse geral.

2.5 DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À INTERVENÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA

Na realidade da Reforma do Estado, em que se busca a redução das despesas de custeio da máquina administrativa, a diretriz é no sentido da desestatização orientada pelos princípios da descentralização, da subsidiariedade e da economicidade, transferindo-se para a iniciativa privada tudo aquilo que não exigir a presença do Estado e possa ser desenvolvido com maior eficiência e menores custos para o administrado.

Com o intuito de acompanhar com mais proximidade e agilidade os comportamentos do mercado diante das novas competências que são atribuídas à sociedade e aos agentes econômicos, surgem os agentes reguladores, com funções de fiscalização, edição de normas, mediação e arbitramento de conflitos, que devem sempre agir orientados pelos princípios constitucionais e legais e dentro de um marco regulatório.

No entanto, a atividade administrativa de intervenção na liberdade econômica privada, que se desenvolve por meio de agentes administrativos encarregados da aplicação do direito antitruste, da defesa do consumidor e da regulação, nas suas variadas formas, por sua vez, não é absoluta e discricionária, mas vai sofrer limitações, orientadas pelos princípios que regem a atividade econômica privada.

Assim, sempre considerando a idéia de proporcionalidade, apesar da possibilidade de restrição da liberdade individual pelo Estado, se necessária a valorização de algum bem da vida, alguns princípios que regem a atividade econômica privada também serão observados no exercício dessa atividade estatal, dentre eles, a defesa da livre iniciativa e da soberania nacional, da propriedade privada e de sua função social, a defesa do consumidor e da livre concorrência, do meio ambiente e da pequena e da média empresa, além da redução das desigualdades regionais.

3 – DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

3.1 DAS FASES DA LICITAÇÃO

A licitação, segundo Souto (2005), representa o início do processo de implementação da regulação, desde a elaboração do edital, que pode ou não caber ao agente regulador, até a definição dos critérios de participação na competição e escolha do contratado, para a qual a Administração não é livre, estando constitucionalmente obrigada a preceder as suas contratações de competição, com ampla divulgação, para obter o maior número possível de ofertas e, dentre essas, escolher a mais vantajosa, mediante julgamento objetivo, tudo segundo as normas gerais da União.

Ao definir o formato de contrato desejado, de modo a possibilitar o julgamento objetivo (fruto da necessidade de tratamento isonômico), a Administração exerce seu poder de contratação para regular o mercado.

Essa discricionariedade na formatação do edital envolve o exercício de uma competência regulatória, pois interfere na estrutura do mercado, devendo ser técnica, já que os aspectos políticos são definidos em leis ou em tratados internacionais, como por exemplo, a abertura de licitações nacionais ou internacionais (que podem ampliar a competição) e a admissão ou não de consórcio de empresas (que podem levar a concentrações de mercado).

3.2 DA VERIFICAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA DO LICITANTE NA FASE EXTERNA

O procedimento, como conjunto encadeado de atos para a prática de um ato final, a adjudicação, prevê duas fases distintas, a saber: a fase interna, de elaboração do edital, definindo o objeto a ser contratado, a forma de contratação e a escolha do

contratado; e a fase externa, dando-se conhecimento ao público em geral das condições em que a Administração se propõe a contratar.

Na fase externa, se verifica a capacidade técnica do licitante, que se desenvolve em três etapas: “capacidade genérica”, exigindo-se prova de registro profissional; “capacidade específica”, que envolve a existência de equipamentos, pessoal e experiência no ramo específico do objeto licitado; e a “capacidade operativa”, que envolve a análise da disponibilidade de pessoal e material para novos compromissos.

Importante ressaltar que, quanto à avaliação da capacidade técnica, a licitação rege-se pelo princípio da ampla competição. A lei exige habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, não se vislumbrando qualquer outra restrição. Assim, em regra, nenhuma outra restrição à participação de licitantes poderia ser prevista pela Administração nos editais de licitação.

No entanto, por outro lado, segundo Souto (2005), como o objetivo do procedimento é selecionar propostas num mercado livre, o princípio da realidade, com vistas à eficiência, autoriza vedação da participação de empresas que dominem o mercado. Alternativamente, por força do princípio da proporcionalidade, pode-se admitir a participação com perda de pontos para quem já tenha participação no mercado. No primeiro caso, busca-se romper a dominação já existente; no segundo, prevenir ou dificultar a concentração que possa ocorrer.

Assim, o que a lei veda é a formulação de exigências não compatíveis com o objeto da contratação e considerando um mercado ideal, equilibrado, em que não existe dominação.

Por outro lado, quando há dominação de mercado, o que se admite é a restrição para criar ou restaurar a competitividade no mercado, de modo a que a escolha resulte de uma situação real de competição e não de uma ficção decorrente de um mercado

dominado. Ademais, a licitação é a porta de execução de uma política pública, que pode, em função do fomento a um setor ou região, estabelecer restrições, desde que legítimas, razoáveis e motivadas.

3.3 DA “CLÁUSULA DE BARREIRA” COMO PREVENÇÃO À CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

Assim, nesse ponto, se sustenta a possibilidade de se impedir o acesso ao mercado daquele que já se encontra em posição dominante, utilizando-se o poder de contratação da Administração para fomentar a competição e impedir a consolidação de uma concentração.

A prevenção das concentrações em defesa da estrutura de mercado competitivo deve ser uma das principais preocupações da Administração Pública na condução de um procedimento licitatório já que, como dito, a regulação formata não só a competição “pelo mercado” como deve viabilizar, também, a competição “no mercado”, se tal for relevante para a obtenção da “eficiência”.

É sempre importante frisar que o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa, segundo critérios objetivos, sendo difícil de assim considerar aquela que inibe o melhor funcionamento do “mercado”.

Dessa forma, para prevenir a dominação de mercados, Souto (2005) defende que pode ser adotada a chamada “cláusula de barreira”. Trata-se de opção discricionária, juridicamente defensável; afinal, o objetivo da licitação é a libertação da Administração de uma situação de concentração econômica num segmento, o que é repudiado pelo art. 173, § 4º, da Constituição.

No procedimento licitatório, em que a Administração Pública exerce o seu “poder de contratação” ou “poder de compra”, é inegável a existência de uma regulação de “mercado”, sendo, pois, válida a prevenção da concentração.

IV – DA ANÁLISE DOS CASOS CONCRETOS

4.1 O CASO DE FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO PREPARADA AOS INTERNOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL E CASAS DE CUSTÓDIA

No primeiro caso, uma empresa de fornecimento de “quentinhas” para presídios vinha vencendo reiteradamente todas as licitações (de maneira lícita), pois além de obedecer a todos os requisitos técnicos, de qualidade do produto e do serviço, possuía o melhor preço. Além do que, como ganhava todas as licitações há anos, possuía um grande *know-how*, aperfeiçoando seus serviços cada vez mais, de maneira que as outras concorrentes do mercado não conseguiam competir com ela.

O tema tem sido dos mais problemáticos para a Administração Estadual há alguns anos, caracterizado pelo predomínio de uma única empresa. Por essa razão, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Parecer nº 01/2001-MJVS, de 11/01/2001 – Ofício SEJDH/GAB nº 15/2001 – Secretaria de Estado de Justiça e de Direitos Humanos – Licitação – Concorrência Pública – Fornecimento de Alimentação Preparada aos Internos do Sistema Penitenciário e Casas de Custódia – Exame de Edital após sua Publicação.

No caso da licitação, a “cláusula de barreira” se justificou, ainda, por questões de segurança. Por haver participação de detentos na preparação da alimentação, sendo sabida a rivalidade entre criminosos detidos em presídios distintos, haveria, pois, a

possibilidade de sabotagem, a ensejar, nos termos do art. 5º, da Constituição, a responsabilização do Estado.

Daí porque o Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro adotou tal providência, repudiando a permanência de apenas um fornecedor no mercado, com o prejuízo para a competitividade, afirmando que o Estado apresenta-se como refém de um único fornecedor, o que denota que ainda persiste a disfunção no mercado, o que tem impedido a realização do princípio competitivo neste relevante setor.

Aqui, em tese, o fato de a empresa não poder participar de futuras licitações, não teria como objetivo a sua punição, pois ela não praticou nenhum ilícito; mas teria como objetivo evitar que ela ganhasse sucessivamente as licitações, de maneira a impedir a efetiva participação de outras empresas do ramo.

A partir dessa decisão, de restringir a participação dessa empresa, pelo menos por um período, nasceram duas correntes. A primeira defende que licitação não é lugar de fazer ação afirmativa. Apesar de a Administração não dever ficar inerte diante de uma dominação de mercado, a licitação não seria o meio adequado para o Estado intervir na economia, já que existem outros meios de regulação. Além disso, a regra no mercado é a livre concorrência, o Estado só deveria intervir em casos extremos, quando houvesse falha ou abuso, devendo o Estado intervir na economia para corrigir o vício. Neste caso concreto, o fato de a empresa vencer todas as licitações, por si só, não configura abuso, vício ou ilicitude. Então, não teria como impor uma penalidade de suspensão ou impedimento à empresa. Pelo contrário, a empresa é tão eficiente, que ganha todas as licitações. Seria até contraditório proibir que uma empresa tão competente não pudesse contratar com o Poder Público, iria violar a economicidade e o próprio direito à livre concorrência, previsto no artigo 170 da Constituição.

Não obstante, para uma segunda posição, diante de uma dominação de mercado, a Administração não pode ficar inerte, pelo contrário, deve se utilizar de todos os seus instrumentos de regulação, para controlar o mercado. E, um dos instrumentos de intervenção do Estado na economia é a defesa da livre concorrência. Além disso, a licitação não é só um mero instrumento administrativo, mas econômico. E a regulação não é atividade privativa das Agências Reguladoras, existem outras autarquias que também regulam o mercado, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários. Assim, a regulação pode ser feita por diversos atos, dentre eles, atos do executivo, como contratos administrativos, licitações e concessões. Se em alguns casos de contratação direta se admite até o afastamento da licitação para contratar determinada empresa, quem pode o mais pode o menos, de maneira que seria razoável, em alguns casos, poder estabelecer algumas limitações à participação de uma empresa numa licitação.

Assim, o que se veda na licitação são cláusulas que frustrem o seu caráter competitivo. Mas, neste caso, não há nem competição, a empresa domina o mercado, o objetivo de impedir sua participação na licitação foi justamente para proteger a livre concorrência, já que, na prática, as outras empresas não podem concorrer.

4.2 O CASO LOTERJ

No segundo caso, a Loterj - Loteria do Estado do Rio de Janeiro, que é uma autarquia do Governo do Estado do Rio de Janeiro e tem sob os seus cuidados o gerenciamento, a administração e fiscalização do jogo no Estado do Rio de Janeiro, teria vedado a participação de uma empresa numa licitação estadual, tendo em vista que ela já havia ganhado uma licitação federal, prestando os mesmos serviços para a Caixa Econômica Federal.

Isso porque, nessa hipótese, caso a empresa também ganhasse a licitação estadual, estaria prestando o mesmo serviço para a Administração estadual e para a federal, caracterizando monopólio do mercado, o que não é permitido.

Portanto, aqui, da mesma forma, a licitação seria um instrumento de intervenção do Estado na economia, prevenindo o abuso de poder. Apesar de violar a impessoalidade, a competitividade do particular, iria defender a supremacia do interesse público.

4.3 O CASO DOS DEFICIENTES FÍSICOS

Já no terceiro caso, o Estado do Rio de Janeiro realizou uma contratação direta e exigiu que a empresa contratada preenchesse o requisito de ter no seu quadro de funcionários um número mínimo de deficientes físicos empregados.

Além de todos os argumentos já expostos acima, deve-se ressaltar que a licitação não busca apenas a eficiência econômica, que é a escolha do menor preço, mas a eficiência administrativa, quer dizer, a atividade deve ser livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º da Constituição da República de 1988.

Neste caso, desempenhar uma atividade se preocupando com a participação dos deficientes físicos, garante a integração social, a solidariedade, a igualdade de oportunidades, a dignidade da pessoa humana e a participação das minorias.

4.4 O CASO DA 8ª RODADA DE LICITAÇÕES PARA A OUTORGA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM BLOCOS COM RISCO EXPLORATÓRIO

Neste caso, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP publicou, em 13/01/2006, edital relativo à 8ª Rodada de Licitações para a outorga de contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco exploratório.

No entanto, por ocasião do referido edital, a ANP inovou ao estabelecer restrições ao número de blocos por setor a serem operados por uma mesma empresa. Essas restrições abrangeram todos os setores das bacias sedimentares oferecidas, inclusive as marítimas, cujo risco exploratório é bastante elevado.

Não obstante à intensa publicidade comumente deflagrada de maneira prévia ao acontecimento das Rodadas de Licitação, da existência de audiências públicas, seminários técnico-jurídicos e da abertura de meios de comunicação entre a sociedade e a ANP, a 8ª Rodada findou por ser, surpreendentemente, interrompida no dia 28 de novembro de 2006, em virtude de decisão liminar nos autos da Ação Popular 2006.51.01.022361-7, da 3ª Vara da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Além desta medida judicial, outra ação fora proposta: a Ação Popular 2006.34.00.035825-0, tramitando na 9ª Vara Federal do Distrito Federal, combatendo veementemente a existência da cláusula restritiva. Nesse ínterim, por questão de segurança jurídica, a limitação ao número de ofertas vencedoras não foi incluída na 9ª Rodada (2007). A ANP parece entender ser necessária a pacificação do entendimento judicial sobre o tema a fim de que não haja novos contratemplos que afugentem os investimentos na Indústria do Petróleo e Gás Natural.

Os argumentos dos autores das ações em face da ANP seguiram linhas análogas, arrazoando-se o ferimento à livre concorrência como ponto-chave da querela posta.

A manutenção da liminar do Distrito Federal foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região no Agravo de Instrumento (AgI) de nº

2006.01.00.045618-3, enquanto a do Rio de Janeiro fora mantida pelo TRF da 2ª Região no AgI 2006.02.01.013804-1. 3, restando à ANP requerer a sua suspensão junto ao STF.

Através de decisão monocrática da Min. Ellen Gracie, o STF suspendeu a liminar mantida pelo Poder Judiciário do Distrito Federal, estendendo os efeitos desta medida àquela em trâmite no Rio de Janeiro.

O voto da corte constitucional se fundamentou em algumas premissas, entre elas, as de que o país luta, há décadas, para se tornar independente em relação à produção de petróleo e de gás natural; que o tempo é impecável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior; que a União, por intermédio dos órgãos competentes, estabeleceu critérios que julgou melhores para alcançar as metas de produção; que a decisão estava a interferir em um juízo eminentemente técnico; que a liminar sinalizou negativamente aos investidores que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro, podendo haver fuga de capitais; e que era inegável a ocorrência de grave lesão à economia, dado o prejuízo à reposição das reservas nacionais.

Portanto, a correta análise do caso em tela deve passar, necessariamente, pela verificação da legalidade da cláusula restritiva do edital elaborado pela ANP, o que se fará a partir deste momento.

Inicialmente, importante mencionar que, em 1995, a Emenda Constitucional nº 9/95 mudou o cenário da indústria do petróleo no Brasil, ao flexibilizar o exercício do monopólio pela Petrobras e permitir à União contratar outros agentes, públicos ou privados, para a realização das atividades relacionadas à exploração e produção de petróleo e gás natural. Assim, o monopólio constitucional da União Federal sobre algumas das atividades da indústria do petróleo foi mantido, mas permitiu-se a participação de empresas privadas na execução dessas atividades.

A Emenda Constitucional nº 09/95, além de permitir a entrada de novos agentes nos mercados nos quais até então a Petrobras atuava com exclusividade, previu a criação de um órgão regulador para o setor. No processo de redimensionamento e de abertura do mercado, a Lei 9.478/97 instituiu o marco regulatório do setor de petróleo e gás, inaugurou uma nova fase da política energética nacional, em que as atividades de exploração, desenvolvimento, produção e refino de petróleo e gás poderiam ser exercidas por quaisquer empresas públicas ou privadas. Criou também o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, agência reguladora do setor.

Nesse cenário, a regulação exercida pela ANP tornou-se o principal instrumento para consolidação de uma nova estrutura de mercado. Importante mencionar também que a ANP é uma autarquia especial, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com o estabelecido na legislação, nas diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e em conformidade com os interesses do País.

As atividades da ANP sujeitam-se aos objetivos da política energética nacional, fixados no artigo 1º da Lei 9.478/97, cuja formulação cabe ao Poder Executivo, assessorado pelo Conselho Nacional de Política Energética Nacional. Desse modo, a ANP não pode editar normas que escapem de seu âmbito de competência, nem preterir um dos objetivos da política energética nacional em detrimento de outro. Assim, a concorrência não pode ser o único objetivo perseguido pela regulação, ela deve ser compatibilizada com outros. Nesse aspecto, é inegável que a ANP dispõe de competência para editar normas dirigidas aos agentes que atuam nas atividades relacionadas à indústria do petróleo, com o fim de impor determinadas condutas,

restrições e/ou vedações consideradas necessárias para o alcance dos objetivos da política energética nacional.

Ademais, as Agências Reguladoras (autarquias sob regime especial) possuem como um de seus elementos definidores o poder normativo técnico. Esse poder normativo técnico é o poder que as autarquias recebem das respectivas leis para editarem normas técnicas complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, pois tais normas inovam no ordenamento jurídico.

Apesar de esse fenômeno ser chamado de “deslegalização”, uma vez que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei, não há qualquer ofensa ao Princípio da Reserva Legal. Isso porque, quando a Agência Reguladora regulamenta determinado assunto, não há transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas sim delegação de poder para estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica muito específica, que não pode ser disciplinada por lei.

No caso específico das Agências Reguladoras, a lei opta por traçar valores gerais que devem presidir à elaboração das normas regulamentares, o legislador deixa às próprias agências, com seus técnicos, a tarefa de organizar os seus ordenamentos setoriais. Trata, assim, de atribuir-lhes poderes normativos para que a regulação seja eficaz.

As leis instituidoras das agências conferem-lhes o poder de editar normas aplicáveis aos entes regulados. Essa atribuição suscita profundas divergências, tendo em vista o Princípio da reserva legal a que se sujeitam os particulares (ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei).

Além disso, toda a atividade regulamentar só tem validade se subordinada à lei. Devido à divisão constitucional de poderes, não são concebíveis os chamados

regulamentos autônomos, que criam obrigações à revelia da existência de lei, mas só se permitem aqueles que se destinam a sua fiel execução.

Contudo, no caso das Agências Reguladoras, não há, propriamente, uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere à outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Portanto, não há obrigações criadas por decretos, a não ser mediatamente por força de lei. Igualmente, não existe propriamente uma alienação de competência legislativa, mas sim um rebaixamento da força normativa da lei para que esta seja maleável via regulamento.

Assim, entende-se como sendo correto que as regulações expedidas por agências tenham dois limitadores: um na seara da legalidade e outro na seara da pertinência temática das finalidades.

Conclui-se que a técnica legislativa aplicada pelas Agências Reguladoras deve ficar apenas no plano da maior especificidade das normas. Nunca no plano da criação de novas situações ou na imposição de obrigações imprevistas pela legislação.

Em resumo, foi atribuído poder normativo às Agências Reguladoras, através do qual, elas editam regulamentos que se constituem em atos administrativos, geradores de normas jurídicas de caráter geral e abstrato.

Portanto, o poder normativo das agências reguladoras é legítimo desde que se submeta a alguns limites e que possa estar sujeito a controles, principalmente do Poder Judiciário.

Quanto ao limite da legalidade, viu-se que a licitação é um procedimento realizado pelo Estado por determinação constitucional, permitindo-se que os concorrentes interessados em contratar com o Poder Público façam suas propostas para

fins de escolha da mais vantajosa. Nesse liame, questiona-se: a inserção de restrições aos concorrentes já habilitados seria um ato ilegal?

Como se sabe, o desenvolvimento do poder econômico por particulares se apresenta, historicamente, como um fator de limitação à própria seara privada, porquanto a concentração finda por impedir a expansão de pequenas e médias iniciativas econômicas. Esse impedimento ocorre não só pela prática de medidas ilegais, como a formação de cartéis e o dumping, mas também com a chamada “fagocitose empresarial”, pela qual empresas tomam o controle acionário de outras, reinando em um dado setor econômico. Por isso, a fim de evitar a dominação do mercado por poucos, revela-se imprescindível que o Estado tome uma posição em prol da manutenção de uma livre e ampla concorrência, o que pode não ser de agrado dos concorrentes. Há uma diferença capital entre esses dois enfoques, devendo a Administração, em vista da consagração de sua função regulatória pró-concorrencial, optar pelo primeiro: por um viés constitucional.

Dar preferência à concorrência é tomar medidas que evitem a dominação de mercados pela menor fatia dos concorrentes. No caso em tela, restringir o número de ofertas vencedoras em um determinado setor de uma bacia petrolífera tem como consequência o incremento da diversidade de agentes econômicos. Por isso, a proposta mais rentável para a Administração Pública não será, necessariamente, a mais vantajosa para o interesse público.

Tal situação ocorre em virtude da forçosa equiparação dos agentes econômicos, a fim de que estes possam competir materialmente pelas melhores ofertas, e não apenas formalmente. Nessa lógica, mostra-se imperiosa ao Poder Público a defesa da estrutura de um mercado competitivo na condução de uma licitação. Isso deve ser laborado através da adoção de uma política que previna a formação de concentrações, já que a regulação busca a formatação não apenas da competição pelo mercado, mas também da

competição no próprio mercado, desde que esta seja relevante para a obtenção da eficiência das contratações, como é o caso da Indústria do Petróleo e Gás Natural.

A finalidade da licitação só será alcançada se o mercado não estiver dominado, uma vez que esta situação mascara o processo de escolha, tornando-o uma mera ficção. Deve-se aferir a legitimidade da restrição não por um viés formalista, mas sim pelo atendimento das finalidades públicas a que o procedimento licitatório se destina, abarcando-se, com isso, os princípios amparados pela Constituição Federal, como a livre concorrência.

Daí falar-se, atualmente, no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A lei vem deixando de ser o único fundamento da diligência estatal, passando esta a se vincular ao sistema de regras e princípios constitucionais: a atividade administrativa pode encontrar fundamento direto na Lei Maior, ainda que contra a lei infraconstitucional, otimizando os preceitos daquela. Não existe uma liberdade para a concorrência, exatamente porque ela é regulamentada para se tornar livre, sob pena de haver uma autodestruição do mercado.

Têm-se, pois, três premissas básicas: não há mercado sem concorrência; não há concorrência sem liberdade; não há liberdade sem regulação. Em síntese, o mercado é possibilitado pela regulação da concorrência, na medida em que esse procedimento a torna livre.

No mais, a corte constitucional brasileira já consolidou o entendimento de que não se pode invocar a livre iniciativa como forma de afastar regras de regulamentação do mercado. É impossível a ação estatal sobre as estruturas dos mercados sem reduzir a elevação do muro que os cerca, abaixando a altura que impede a efetiva possibilidade de competição de novas empresas.

Respondida está, pois, a questão formulada no início do tópico: restrições posteriores à habilitação podem ser legais, bastando que haja justificativa constitucional,

como a efetivação de um princípio regedor da ordem econômica. Tudo passa, portanto, por uma flexibilização da isonomia formal em prol da material, objetivando-se a formatação do mercado a médio e longo prazo.

Pelo exposto, nota-se que as cláusulas restritivas vêm a se assemelhar às ações afirmativas, com o fito de criar as condições de existência de uma igualdade material. Atingida esta, aquelas se tornam dispensáveis, estabelecendo-se a livre concorrência através de uma medida regulatória — a limitação às ofertas vencedoras dos concorrentes —, o que é extremamente vantajoso ao Estado.

DA CONCLUSÃO

Analisando os casos concretos apresentados, percebe-se que em nenhum dos casos pode-se falar em perseguição ou violação à competitividade, por essa simplesmente não existir em um sistema faticamente dominado.

A licitação deve ser pensada baseando-se na realidade do mercado, e não em formalidades procedimentais ordinárias. A melhor proposta nem sempre surge com a contratação pelo melhor preço, podendo ser aquela que contempla a diversificação do mercado, como nos casos em análise. Trata-se de uma opção constitucional, com vistas à implementação de uma concorrência real e livre no mercado.

Assim, constata-se que a dominação do mercado por um número de agentes econômicos, fazendo do Estado um refém, torna os processos de concorrência viciados, revelando ganhos meramente aparentes e perpetuando quadros de desigualdade.

A limitação à apresentação de ofertas por parte dos licitantes é um exemplo da função regulatória pró-concorrencial. 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.

Essa escolha tende a inibir concorrências camufladas na disputa por blocos de alto potencial, além de encorajar a apresentação de ofertas em áreas de nova fronteira por parte dos concorrentes que já exauriram suas ofertas vencedoras em outros setores licitados.

Dessa forma, é válido concluir que nem toda restrição à participação de licitantes é ilegal, bastando que haja a correta motivação do ato administrativo limitador.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Organizadora). *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

LEITE, Marcelo Lauar. *Função Regulatória da Licitação de Blocos Exploratórios de Petróleo e Gás Natural*. 3º Lugar no III Prêmio SEAE, Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.