A RELEVÂNCIA DAS LICITAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

TCE/MG

PROF. GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto de Direito Administrativo, UERJ

Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ

Master of Laws (LL.M.), Yale Law School (EUA)

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro

FUNÇÕES “CLÁSSICAS” DA LICITAÇÃO

- 1) **Princípio da eficiência**: escolha da proposta mais vantajosa para a Administração (eficácia introversa).
- 2) **Princípio da isonomia**: escolha pautada por critérios impessoais e objetivos (eficácia extroversa).

A CONVERGÊNCIA ENTRE AS FUNÇÕES CLÁSSICAS DA LICITAÇÃO

- **CF, art. 37, XXI**: igualdade de condições; exigência de requisitos exclusivamente técnicos e econômicos.
- **Lei nº 8.666/93, art. 3º**: maior universo possível de competidores; invalidação de restrições odiosas ou exigências impertinentes ao objeto da licitação.

RELEVÂNCIA DAS FUNÇÕES CLÁSSICAS DA LICITAÇÃO

Promoção de valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito:

- **Republicanismo**: *res publica* (coisa pública v. patrimonialismo);
- **Moralidade**: probidade e transparência;
- **Igualdade**: impessoalidade;
- **Eficiência**: dever de boa administração.

As licitações devem desempenhar outras funções?

- A constitucionalização do Direito Administrativo;
- Vinculação direta da Administração Pública aos princípios e regras constitucionais;
- Vinculação da Administração à realização dos princípios da Ordem Econômica;
- Uso instrumental da licitação.

RELAÇÕES ENTRE ESTADO E ECONOMIA

Dupla instrumentalidade (Norbert Reich):

- 1) Economia instrumentaliza o Direito: propriedade, contratos (segurança jurídica aos agentes econômicos);
- 2) Direito instrumentaliza a Economia: regulação econômica e social (direcionamento da economia a fins socialmente desejáveis).

DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

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

VII – redução de desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

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

FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

- 1) **DISCIPLINA**: defesa da concorrência, defesa do consumidor, regulação setorial (intervenção por **direção**).
- 2) **FOMENTO**: incentivos fiscais, subsídios, subvenções, financiamentos (intervenção por **indução**).
- 3) **EXPLORAÇÃO DIRETA**: serviços públicos e exploração de atividade econômica (intervenção por **absorção**).

FUNÇÃO “REGULATÓRIA” DA LICITAÇÃO

- Estado como **maior agente da economia**: relevância das licitações públicas.
- Licitação como forma **diretiva** (disciplina) ou **indutiva** (fomento) do domínio econômico.
- Direcionamento/indução dos mercados para a consecução de **outros fins constitucionalmente legítimos**. (ao lado da isonomia e da eficiência).

FUNÇÃO REGULATÓRIA PRÓ-CONCORRENCIAL

- **Desenho de mercados**: incremento à concorrência.
- **Restrição (parcial ou total) à participação de empresas com posição dominante**: favorecimento à pluralização de prestadores.
- **Exemplos**: setor de transportes; setor de telecomunicações; setor de petróleo.
- **Vetores constitucionais**: concorrência, eficiência, defesa do consumidor/usuário.

FUNÇÃO REGULATÓRIA ANTI-CONCORRENCIAL

- **Desenho de mercados**: restrição legítima à concorrência.
- **Escolha de prestador único ou restrições de entrada** (razões econômicas ou técnicas): monopólios naturais; objetivos de universalização.
- **Exemplos**: distribuição de gás natural; transportes ferroviário e metroviário.
- **Vetores constitucionais**: universalização de utilidades essenciais (direitos fundamentais, soberania nacional).

FUNÇÃO DE FOMENTO

- **Desenho de mercados**: fomento a determinados prestadores, por razões constitucionalmente fundadas.
- Fomento a atividades ou prestadores, por razões **concorrenciais, redistributivas ou assistenciais**.
- **Exemplos**: favorecimentos à ME e EPP (Lei Complementar nº 123/2006).
- **Vetores constitucionais**: isonomia material, livre concorrência, favorecimento a EPP, favorecimento ao cooperativismo, busca do pleno emprego, meio ambiente, redução de desigualdades.

COMO CONCILIAR AS FUNÇÕES DA LICITAÇÃO?

- **Ponderação** entre princípios constitucionais envolvidos;
- **Restrições recíprocas** entre isonomia, eficiência e outros vetores constitucionais;
- **Limites**: regras constitucionais expressas, proporcionalidade e proteção de conteúdos essenciais.
- Busca por **soluções otimizadoras dos valores em jogo**: legisladores e administradores.

MUITO OBRIGADO!

gustavo.binenbojm@bgcb.adv.br