

PROMOVENDO E PROTEGENDO A CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO POR MEIO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

VICTOR AGUIAR DE CARVALHO*

Sumário: I. Introdução; II. Função regulatória da licitação como ferramenta de promoção de determinadas finalidades públicas; III. Função regulatória da licitação como ferramenta de promoção da concorrência; IV. Conclusões; V. Referências.

I. INTRODUÇÃO

O art. 37, XXI, da Constituição (CRFB/88) determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. A função primária do regramento licitatório é, portanto, permitir que a Administração contrate os objetos pretendidos, sob as condições mais vantajosas, sempre buscando atender aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência (arts. 70 e 37, *caput*, CRFB/88)¹.

Ocorre que as licitações movimentam na economia contemporânea uma quantidade muito expressiva de recursos, razão pela qual medidas adotadas na matéria possuem efetiva capacidade de influenciar o funcionamento dos mercados de que a Administração participa.

Com efeito, de acordo com dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE para o ano de 2013, as licitações representam, em média, 29% do total dos gastos governamentais. No mesmo ano, os países que compõem a OCDE consumiam cerca de 12,1% do PIB em licitações².

Não é surpreendente, portanto, que o Estado haja enxergado a possibilidade de, por vezes, em consonância ao art. 174, CRFB/88, utilizar o seu poder de compra como mecanismo regulatório, de fomento ou promotor de valores constitucionalmente consagrados.

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

¹ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012, p. 1. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81547>. Acesso em: 22 ago. 2015

² OCDE. *Government at a Glance 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 136. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en. Acesso em: 12 set. 2015.

A mencionada atuação insere-se em um novo papel desempenhado atualmente na economia pelo Estado, que se tornou, conforme lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, primordialmente regulador do mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico³. Nesse contexto, é viável que o Estado lance mão do instrumento licitatório não apenas para, respeitadas as exigências legais e constitucionais, satisfazer a sua demanda sob as condições mais vantajosas, como também para servir como ferramenta para a sua atuação regulamentadora e incentivadora de setores econômicos e políticas sociais.

O presente trabalho se propõe a examinar a função regulatória da licitação sob uma perspectiva pouco comentada na literatura: a possibilidade de utilização do regime de contratação pública com o escopo de contribuir para a promoção da concorrência, seja incrementando a competição propriamente dita no mercado, seja envidando esforços para preventivamente suprimir brechas e incentivos à adoção pelos particulares de condutas restritivas à rivalidade nos certames.

É de se ver que o conceito de função regulatória ou extraeconômica da licitação não é novo, contudo. Considerando-se que a competitividade não é um valor absoluto nas licitações⁴, há muito está consagrado na literatura e nas normas jurídicas que o direito da contratação pública pode também ser utilizado como mecanismo de promoção de determinadas práticas, políticas públicas ou para a consecução de valores constitucionais.

Por se tratar de visão já sedimentada e acolhida em diversos textos normativos, primeiramente analisar-se-á a função regulatória da licitação sob o prisma de conformação de mercados, fomento ou incentivo a determinadas atividades ou finalidades públicas. Ato contínuo, examinar-se-á a utilização do poder de compra estatal como ferramenta de promoção da concorrência.

II. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO COMO FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DE DETERMINADAS FINALIDADES PÚBLICAS

Tradicionalmente, a licitação se caracteriza pelo procedimento por meio do qual a Administração, respeitando a disciplina legal e determinados princípios constitucionais, seleciona no mercado a proposta mais vantajosa para adquirir ou contratar os objetos demandados⁵.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, Julho / Setembro 2005, p. 7. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=31154>. Acesso em: 23 ago. 2015.

⁴ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit., p. 5.

⁵ Marçal Justen Filho define licitação como o “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 481)

Contudo, considerando que as aquisições e contratações governamentais representam expressivo volume econômico⁶, sendo assim hábeis a causar impacto nos mercados ou induzir comportamentos dos agentes econômicos, o legislador por vezes opta por utilizar os mecanismos licitatórios como forma de intervenção na economia, buscando, desse modo, regular mercados ou promover determinadas práticas, políticas públicas ou valores constitucionais⁷.

Nessa toada, a Administração acaba por combinar em algumas normas licitatórias duas distintas funções⁸: a primeira, relativa à ordinária participação como adquirente ou contratante de bens, serviços ou obras; e a segunda, concernente à intervenção em mercados de seu interesse para tutelar determinadas finalidades públicas e valores constitucionalmente consagrados.

Tal função regulatória ou extraeconômica⁹ da licitação é por vezes denominada na literatura estrangeira como “política horizontal”¹⁰ ou como política “secundária” ou “colateral”¹¹, nomenclatura essa que contrasta com o chamado objetivo licitatório “primário”, que seria o de obter a contratação dos itens necessários sob as condições mais vantajosas.

É importante observar que a chamada função regulatória da licitação, no sentido exposto na presente seção do trabalho, engloba distintas atuações

⁶ Ver dados expostos na introdução do presente trabalho.

⁷ No mesmo sentido, observa Alexandre Santos de Aragão que o Estado maneja o “seu grande poder de influência na economia explorando esse procedimento como forma de promover outros objetivos constitucionalmente protegidos (...), especialmente relacionados com o desenvolvimento social e econômico e a redução de desigualdades”. Nesse sentido, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 324-325.

⁸ MCCRUDDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*, p. 257. Disponível em: <http://edf.org.uk/news/ChrisMcCruddenPaper.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

⁹ Alguns estudiosos, como é o caso de Alexandre Santos de Aragão, preferem utilizar a nomenclatura de “função extraeconômica” das licitações para abordar o tema aqui analisado. Nesse sentido v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, pp. 324-328. De fato, a expressão “função extraeconômica” parece ser tecnicamente mais precisa, haja vista que nem todas as medidas adotadas pelo Estado nessa seara são regulatórias em sentido estrito. Por exemplo, o art. 27, IV, da Lei nº 10.973/04, que autoriza tratamento privilegiado nas licitações às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no Brasil e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, constitui-se, salvo melhor juízo, em um mecanismo de fomento. Todavia, por se tratar de nomenclatura mais consolidada na literatura e por se concordar, como será apontado, que o fomento também pode ser, em alguns casos, uma técnica de intervenção regulatória, adotar-se-á no presente trabalho preferencialmente a denominação genérica de função regulatória da licitação.

¹⁰ É a denominação utilizada em ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: a taxonomy*. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

¹¹ Nesse sentido ver: OCDE. *Op. cit.*, p. 138; SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, pp. 102-103; ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: a taxonomy*, p. 150. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

administrativas, em especial de fomento¹² e de regulação propriamente dita. O cerne do estudo na matéria, todavia, definitivamente não é – e nem parece que deva ser – a busca pelo preciosismo terminológico na classificação da atuação estatal. Pretende-se, sim, verificar como o arcabouço licitatório é por vezes utilizado para o alcance de finalidades públicas outras que não a aquisição ou contratação de objetos demandados pela Administração.

De todo modo, cabe aqui fazer referência à relevante análise de José Vicente Santos de Mendonça sobre a distinção entre o fomento público e a regulação econômica e social¹³, concluindo o autor que é possível “afirmar que, sob certo ponto de vista, a intervenção regulatória pode se dar por meio do fomento, até porque o conceito de regulação é bastante amplo”¹⁴, de modo que o “fomento existe na condição de técnica da regulação (ainda que, repita-se, não deixe, por isso, de ser fomento), mas ele e a regulação são coisas diferentes”¹⁵. Assim, considerando-se que o fomento, em determinada medida, pode ser considerado uma técnica de regulação, é compreensível que se utilize a nomenclatura função regulatória da licitação como denominação genérica a incluir também atuações que, em rigor, são formas de fomento.

A despeito de a função regulatória da licitação haver despertado significativo interesse doutrinário no Brasil especialmente após a publicação da Lei nº 12.349/2010, que trouxe diversos dispositivos sobre o tema em exame, não se trata, como se verá, de uma técnica inovadora.

Com efeito, desde o século XIX há registros, nos Estados Unidos e Inglaterra, do uso das compras governamentais para a promoção de políticas públicas. Por exemplo, após a Câmara dos Comuns aprovar no Reino Unido, em 1891, uma resolução sobre salários justos, os Departamentos de Governo passaram a incluir em todos os contratos com o setor privado uma previsão de que os trabalhadores deveriam receber remunerações aceitáveis pela atividade desempenhada. Nos Estados Unidos pode-se fazer referência, como ilustração, à aprovação, no ano de 1938, do Wagner-O’Day Act, que, com o escopo de gerar oportunidades de emprego para os cegos, estimulava a aquisição pelo governo federal de produtos por eles manufaturados e postos à venda por entidades sem fins lucrativos. De maneira semelhante, após a Segunda Guerra Mundial estabeleceram-se na Inglaterra oficinas dedicadas a trabalhadores portadores de deficiência física, sendo que os produtos fabricados recebiam preferência nas aquisições governamentais¹⁶.

¹² Fazendo referência a clássicas lições de Luis Jordana de Pozas, José Vicente Santos de Mendonça define fomento público como “a ação consistente em estimular, proteger, auxiliar ou fomentar as atividades particulares mediante as quais se satisfazem necessidades ou conveniências de caráter geral”, de modo diretamente não coativo, mas persuasivo, sem implicar a criação de serviço público ou a assunção da atividade econômica pelo Estado”. Nesse sentido v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, 2010, p. 133.

¹³ *Ibid.*, pp. 128-131.

¹⁴ *Ibid.*, p. 131.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ MCCRUDDEN, Christopher. *Op. Cit.*, p. 258.

Em verdade, a prática de utilização dos instrumentos licitatórios para o alcance de objetivos secundários ou colaterais nos mercados revela-se habitual ao redor do mundo. De acordo com recente relatório produzido pela OCDE¹⁷, um total de trinta dentre um grupo de trinta e dois países¹⁸ da organização analisados (o que equivale a 94% da amostra) desenvolvem alguma prática licitatória que objetiva promover crescimento sustentável, desenvolvimento de pequenos e médios negócios ou inovação em produtos e serviços.

Tampouco no Brasil o manejo da licitação para o atendimento de funções extraeconômicas se trata de ferramenta nova. Lembra Alexandre Santos de Aragão que a referida lógica já se verificava em hipóteses de dispensa de licitação para fomento a determinados tipos de entidades, como aquelas destinadas à recuperação social do preso (art. 24, XIII, Lei nº 8.666/93), de exigência de demonstração de que não se empregam menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e, em qualquer trabalho, menores de dezesseis anos, salvo a partir de quatorze anos na condição de aprendiz (art. 27, V, Lei nº 8.666/93) ou de preferência por produtos nacionais (art. 3º, § 2º, Lei nº 8.666/93)¹⁹.

Há diversos outros interessantes exemplos na legislação pátria. O art. 24, XIII, acima citado, prevê também ser dispensável a licitação para contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, o que almeja contribuir para o fomento de tais entidades. Os incisos XX e XXVII do mesmo artigo indicam ser dispensável a licitação para contratação, respectivamente, de associação de portadores de deficiência física para prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra e de cooperativas de catadores de lixo²⁰. Já o art. 24, VI, aponta ser dispensável a licitação quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento²¹.

É possível apontar adicionais experiências legislativas relevantes de intervenção do Estado na economia por meio dos instrumentos de contratação ou aquisição governamental. Cite-se, nesse passo, a Lei nº 8.248/91, que estabelece que a Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país. Outrossim, veja-se o art. 27, IV, da Lei nº 10.973/04, que autoriza tratamento privilegiado nas licitações públicas às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de

¹⁷ OCDE. Op. cit., p. 138.

¹⁸ Segundo os dados do mesmo estudo, apenas Estônia e Eslováquia nunca desenvolveram práticas licitatórias concernentes ao alcance dos denominados objetivos secundários.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., p. 325.

²⁰ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit., p. 2.

²¹ Conforme Luciano Ferraz, “ao possibilitar a contratação direta pela União para manutenção de estoques reguladores ou para manutenção de preços de mercado e evitar o desabastecimento, fica demonstrada nova forma de utilização do contrato administrativo com o mote de regulação do mercado”. Nesse sentido, FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./ set. 2009, p. 6. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62558>. Acesso em: 14 ago. 2015

tecnologia no Brasil e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das Instituições Científicas e Tecnológicas²².

Cabe lembrar, ainda, do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006), que se tornou legislação emblemática sobre a função regulatória da licitação ao incentivar, em atendimento aos arts. 170, IX e 179 da CRFB/88, o surgimento de agentes econômicos de menor porte por meio da concessão de vantagens comparativas²³ em relação a outras empresas. Destaque-se, em especial, a previsão de empate ficto quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte forem iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada (sendo tal percentual de 5% na modalidade de pregão), hipótese em que será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para os agentes econômicos tutelados (art. 44 da lei em comento).

Ao alterar o art. 3º da Lei nº 8.666/93 para inserir no referido dispositivo que a licitação destina-se também a promover o desenvolvimento nacional sustentável, a Lei nº 12.349/2010 consagrou definitivamente que o poder de compra e contratação estatal pode ser utilizado com um escopo regulatório²⁴ ou conformador dos mercados, e não só para garantir os objetivos primários da licitação.

Com efeito, buscando impulsionar o desenvolvimento nacional, a Lei nº 12.349/2010 trouxe alguns dispositivos que concedem tratamento diferenciado às atividades promovidas no país, notadamente a possibilidade de estabelecimento nos processos de licitação de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, levando-se em consideração elementos como geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais e desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país (art. 3º, §§ 5º e 6º, Lei nº 8.666/93).

A Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, também estabelece em seu bojo um escopo regulatório, apontando como um de seus princípios a busca do desenvolvimento nacional

²² Tais exemplos são citados em: CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=74727>. Acesso em: 22 ago. 2015.

²³ A associação do conceito econômico de vantagens comparativas aos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte em relação aos demais atores econômicos é feita por Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro em GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit., p. 2.

²⁴ No mesmo sentido, Marçal Justen Filho observa que a Lei nº 12.349/2010, ao definir que a licitação também é orientada a promover o desenvolvimento nacional sustentável, consagra uma “função regulatória adicional para a licitação e a contratação administrativa. Não se trata apenas de obter a contratação econômica e a tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade de contratação para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável. A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado intervém sobre os diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 483).

sustentável (art. 3º). No art. 4º, § 1º, da mesma lei consigna-se que as contratações deverão respeitar as normas relativas a questões ambientais e sociais, como disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas, utilização de produtos, equipamentos e serviços que comprovadamente reduzam o consumo de energia e recursos naturais, além da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Considerando a possibilidade de impulso, por meio do poder de compra estatal, a determinados objetivos constitucionais indicados pelo legislador, é importante frisar que a proposta mais vantajosa para a Administração não é necessariamente a de menor preço. Em consagrada lição, Marçal Justen Filho já defendia que a maior vantagem se caracteriza em uma relação de custo-benefício, que se revela quando a “Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação”²⁵. Igualmente sublinhando que a lei geral de licitações, em seu art. 3º, não fala em preço menor ou mais vantajoso, mas sim em proposta mais vantajosa, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães ensinam que a “superioridade e utilidade da proposta advêm da conjugação entre a excelência técnica e o menor preço, qualificadas pelo cumprimento das exigências de promoção do desenvolvimento nacional sustentável”²⁶.

Para a definição da proposta mais vantajosa é possível considerar, assim, se for o caso, interesses ou políticas de longo prazo da Administração. A contribuição para a promoção do desenvolvimento socioeconômico ou a redução de desigualdades pode ser analisada como um critério qualitativo da proposta, a eventualmente compensar o seu maior preço. Esse raciocínio refutaria a premissa de ser a escolha da proposta vencedora um puro exercício econômico²⁷ de minimização de custo, sendo legítimo à Administração sopesar outras finalidades públicas além da mera busca pela economicidade sob um aspecto de menor preço.

Desse modo, a proposta de maior vantagem para a Administração pode ser aquela que permita tutelar, nos termos utilizados por Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, “outros valores caros à sociedade e que podem ser alcançados pelo emprego do poder de compra estatal”²⁸. Nesse contexto, conforme defendido pelos autores, é legítimo que o Estado, eventualmente, arque com um maior dispêndio na contratação de obras, produtos ou serviços, desde que com o objetivo de utilizar o seu poder de compra para conformar o mercado ou tutelar outros valores constitucionalmente relevantes^{29 30}.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 482.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 81.

²⁷ BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012, pp. 27-28.

²⁸ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit., p. 1.

²⁹ *Ibid*, p. 2.

³⁰ Em idêntica interpretação, defende Rafael Oliveira, ao analisar a função regulatória da licitação a partir do regime jurídico introduzido pela Lei 12.349/2010, que “Nessas hipóteses excepcionais, chega-se a admitir, inclusive, que o Estado pague preço maior na aquisição de bens e serviços, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento sustentável”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos - Teoria e Prática*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p. 171.

Não se trata, portanto, de acolher necessariamente a proposta menos onerosa sob o aspecto financeiro, devendo ser considerada como mais vantajosa aquela que “também possa propiciar, mesmo que a longo prazo, benefícios sociais, ambientais e econômicos para o país”³¹, de acordo com os valores ou políticas públicas relevantes que se decidiu incentivar por meio do uso do poder de compra estatal.

No RDC incorporou-se expressamente a concepção acima ao se dispor no art. 4º, III, da Lei nº 12.462/2011 que a busca da maior vantagem para a Administração considerará custos e benefícios de natureza econômica, social ou ambiental.

Frise-se que o acolhimento da função regulatória da licitação não se revela por si só incompatível com os princípios da competitividade, da isonomia ou da eficiência, embora, como se verá adiante, seja imprescindível a análise, caso a caso, da medida adotada segundo as balizas do princípio da proporcionalidade.

À primeira vista, a função extraeconômica da licitação, como aqui analisada, poderia parecer conflitante com a proteção à livre concorrência e à competitividade nos mercados de interesse estatal. Todavia, a própria adoção do critério de proposta mais vantajosa para o vencedor do certame em vez da mera procura pelo menor ônus financeiro já revela que é legítimo à Administração procurar tutelar na licitação outras finalidades públicas relevantes. Outrossim, a competitividade não é um valor absoluto nas contratações públicas, sendo certo, no entanto, que toda restrição deverá ser motivada, com a demonstração de que a exigência é dotada de razoabilidade e juridicidade³².

No que tange à isonomia, impende destacar que a função regulatória da licitação não busca promover um critério de igualdade meramente formal, mas sim de igualdade substantiva, que consiste no tratamento igualitário aos iguais e diferenciado para aqueles que se encontram em condições desiguais, quando as circunstâncias justificarem tal diferenciação³³. Assim, desde que a escolha do objeto ou a concessão de benefício ou preferência a determinado grupo sejam compatíveis com o valor constitucional ou política pública que se pretende promover por meio do poder de compra estatal e desde que todos os agentes econômicos que se encontram na mesma situação fática e jurídica sejam tratados de maneira equânime, não haverá violação à isonomia sob o aspecto substantivo.

Inexiste, ainda, necessária violação à eficiência, uma vez que, como já repisado, o Poder Público não se deve pautar apenas no menor dispêndio financeiro possível, mas também pela busca da efetivação de diversos princípios e valores constitucionais. Como ressalta Rafael Oliveira, a “eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico”, de modo que a “medida

³¹ ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, dez. 2013, p. 282. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf. Acesso em: 13 set. 2015.

³² GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Op. cit., p. 5.

³³ DEKEL, Omer. The legal theory of competitive bidding for government contracts. *Public Contract Law Journal*, vol. 37, n. 2, inverno 2008, p. 250. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3//papers.cfm?abstract_id=1391182. Acesso em: 13 set. 2015.

administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados consagrados nos textos normativos ('Administração de Resultados')³⁴.

Procurar implementar outros valores constitucionalmente relevantes não significa, entretanto, ignorar o aspecto financeiro das contratações. Não se deve perder de vista que a função precípua da licitação continua sendo a de adquirir ou contratar os objetos demandados sob as condições mais vantajosas, em atendimento aos princípios da economicidade e da eficiência, que igualmente possuem sede constitucional. Como alertado por Flávio Amaral Garcia, "não se pode, a pretexto de regular outros valores fundamentais, tornar a licitação ineficiente e desvirtuada do seu objetivo"³⁵.

Desse modo, o emprego da licitação com escopo regulatório ou de promoção a determinadas atividades e políticas públicas somente será compatível com a ordem constitucional se o mecanismo normativo utilizado superar o teste da proporcionalidade como método de ponderação entre os eventuais princípios constitucionais em colisão. Em outros termos, medidas estabelecidas com o escopo de promover uma finalidade pública devem se mostrar adequadas a alcançar o fim almejado, necessárias no sentido de representarem a menor restrição ou onerosidade possível para se atingir o valor constitucional que se busca tutelar, além de proporcionais em sentido estrito em relação à restrição à isonomia, livre concorrência, economicidade ou mesmo eficiência que possam acarretar.

Com a mesma preocupação, expõe Alexandre Santos de Aragão que:

As funções extraeconômicas das licitações, especialmente aquelas consubstanciadas na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais, deverão sempre encontrar respaldo no sistema constitucional e deverão resistir à análise da sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e isonomia. (...)

Há, assim, que haver uma ponderação razoável entre os objetivos econômicos e extraeconômicos das licitações, mantendo-se preponderância daqueles, que deve permanecer sendo o objetivo primordial (apesar de não necessariamente o único) das licitações³⁶.

De toda forma, havendo compatibilidade, após o devido sopesamento, nos termos acima expostos, entre os valores constitucionais que se pretende promover e a eventual restrição imposta pela medida adotada para tal fim, revela-se legítimo o manejo da licitação como instrumento para o alcance de objetivos extraeconômicos.

³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., pp. 173-174.

³⁵ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., pp. 326-327.

III. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO COMO FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Além da utilização, acima analisada, da licitação como ferramenta para regulação, fomento ou incentivo a determinadas finalidades ou políticas públicas constitucionalmente relevantes, seria possível conceber para o instituto outra função regulatória: a de promover a concorrência e a competitividade nos mercados de interesse da Administração³⁷.

No Brasil, Marcos Juruena Villela Souto já defendia que a licitação poderia ser empregada com uma função regulatória que buscaria a “criação, promoção, preservação ou recriação do mercado como cenário adequado à livre concorrência”³⁸.

Anotava o referido autor que a licitação é um processo administrativo que se destina à seleção da proposta mais vantajosa e que deve buscar a verdade real do mercado, não se atendo apenas à verdade formal do expediente administrativo. Nesse passo, “a melhor proposta só será alcançada se o mercado existir e não estiver dominado, de modo a não cercear o processo de escolha”³⁹. Prossegue ponderando, ainda, que o escopo licitatório não seria o de necessariamente “contratar pelo menor preço; a melhor proposta pode ser aquela que preserva ou faz ressurgir um mercado livre. Do contrário, não há licitação séria, porque não há livre competição num mercado dominado ou inexistente”⁴⁰.

Com efeito, para a obtenção de resultados eficientes na seara licitatória há que se observar a existência de competição em duas distintas dimensões. A primeira refere-se à promoção da concorrência em sentido restrito, qual seja, a existência de competição no certame específico, a fim de se obter a melhor relação custo-benefício no dispêndio público. Há, entretanto, uma segunda dimensão, concernente ao fato de que, para a obtenção das propostas mais vantajosas para a Administração, a licitação precisa ocorrer em um mercado que seja em si competitivo⁴¹.

Nesse contexto, cabe à Administração Pública viabilizar não apenas a estrita competição “pelo mercado” em um determinado procedimento licitatório concreto,

³⁷ A importância da concorrência no direito licitatório advém da lógica econômica de que, quanto maior a competição entre as empresas participantes nos mercados nos quais ocorrem as compras públicas (ou, mais especificamente, entre os potenciais fornecedores em um certame), menores tendem a ser os preços e maiores são os incentivos à melhoria de qualidade e à inovação tecnológica. Como consectário desse raciocínio, fala-se no princípio da competitividade nas licitações, que, embora não esteja expresso nos arts. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 ou da Lei nº 12.462/2011, é basilar na contratação pública, servindo como verdadeiro norte hermenêutico, a prestigiar interpretações jurídicas que favoreçam a competição em tais procedimentos. Nesse sentido, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 292-293. Frise-se, ainda, que a concorrência nas licitações é também fundamental para a concretização do princípio da economicidade ao propiciar melhor relação custo-benefício, uma vez que, havendo maior competição no mercado, é provável que a Administração receba propostas mais vantajosas.

³⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

³⁹ Loc. cit.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 89.

⁴¹ Nesse sentido v. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Op. cit.*, pp. 12-13.

mas também fomentar a rivalidade “no mercado” no qual se inserem os agentes econômicos que participam da licitação⁴². Desse modo, constatando-se dominação em um determinado segmento, a cercear a efetiva concorrência entre os participantes, deverá o Poder Público contribuir para a correção da falha de mercado identificada por meio de condições editalícias e contratuais⁴³.

A controvérsia examinada por Marcos Juruena Villela Souto quanto ao exercício de tal função regulatória concerne à possibilidade de estabelecimento de restrições à participação no certame de um agente econômico que se encontre em posição dominante no mercado. Defende que, não havendo tal impedimento, eventualmente a licitação servirá apenas como mecanismo de legitimação da situação de domínio, inexistindo efetiva competição, o que acarretará que as propostas apresentadas não sejam as mais vantajosas para a Administração⁴⁴. Assim, constituiria uma atuação legítima do Estado utilizar o seu poder de compra como função regulatória, impedido, se necessário, o acesso ao certame daquele ator em posição dominante, sempre com o escopo de fomentar a competição e prevenir a consolidação de uma concentração de mercado⁴⁵.

O mencionado autor admitia, portanto, o estabelecimento de “cláusulas de barreira” à participação no certame de empresa que se encontrasse em posição de dominação do mercado, se preciso fosse para impedir ou tentar reverter a concentração. Seria esse um mecanismo de regulação em favor da competição no mercado, e não no certame licitatório especificamente⁴⁶.

Em semelhante abordagem, Alexandre Santos de Aragão observa que a promoção da livre concorrência pode ser um objetivo extraeconômico tutelado por meio das licitações públicas. Cita o autor como exemplo as limitações, previstas em edital de licitação, fixadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP para a participação de empresas na 8ª Rodada de Licitações para outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural, que consistiam em “quantidade máxima de áreas a serem exploradas que poderiam ser disputadas por uma única empresa, prevendo os limites máximos de ofertas vencedoras por operador, para cada setor”⁴⁷. Tal previsão editalícia, ao limitar a participação no certame de agente econômico que já houvesse obtido a exploração de um determinado número de áreas, tinha como objetivo acirrar a competitividade no setor e fomentar a multiplicação do número de atores em operação, sendo, portanto, exemplo do exercício da função regulatória da licitação para a promoção da concorrência.

A partir das hipóteses acima de vedação da participação em certame para a proteção da higidez da competição no mercado, é possível vislumbrar concepção

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 312-313.

⁴³ Idem. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 7-8.

⁴⁴ Idem. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 310.

⁴⁵ Ibid., pp. 312-313.

⁴⁶ Loc. cit.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit., pp. 325-326.

mais geral no que concerne ao exercício da função regulatória da licitação como fomentadora da concorrência. Por essa senda, o Estado teria verdadeiro dever de utilizar o regramento licitatório para “estimular a competição entre os potenciais interessados”⁴⁸, instalando no mercado “a disputa *ex ante*, a fim de obter o melhor resultado técnico e econômico-financeiro”⁴⁹.

Incumbe ao Estado, portanto, adotar postura promotora da concorrência, sendo, em verdade, um garante da ordem concorrencial⁵⁰. Para Jacques Chevallier, “é ilusória a ideia de uma ordem concorrencial produzindo-se e reproduzindo-se por suas próprias forças sem que seja necessário recorrer-se a normas exteriores reguladoras”⁵¹. Destarte, a concorrência não é um elemento necessariamente existente nos mercados, um mero fato com o qual a Administração lida. Trata-se de um verdadeiro bem jurídico que o Estado precisa instituir, fomentar e proteger^{52 53}, inclusive no que concerne à contratação pública⁵⁴.

Seguindo essa toada, a função regulatória da licitação sob a faceta de ferramenta de promoção da concorrência perpassa a utilização das normas de contratação pública sob duas vertentes distintas: tanto para que o Estado incremente a competição nos próprios mercados em que ocorrem as compras públicas, como para que previna a adoção pelos particulares de práticas restritivas à concorrência nos certames licitatórios.

De fato, em relação à primeira vertente, a ausência na prática de efetiva concorrência em um cenário em que se esperaria competição pode indicar a existência de alguma falha de mercado, a ser corrigida, se possível, por meio dos

⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 31.

⁴⁹ Loc. cit.

⁵⁰ CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133151, out./dez. 2007, pp. 3-5. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49829>. Acesso em: 19 ago. 2015

⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

⁵² V. GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 378. O autor afirma, ainda, que “a proteção e a promoção da concorrência correspondem hoje a uma atribuição pública do Estado e, por conseguinte, a um valor ou bem jurídico (também) de interesse público”. *Ibid.*, p. 375.

⁵³ Por vezes, o Estado precisa até “produzir” a competição em um determinado mercado. Foi o que se passou, por exemplo, inclusive no Brasil, com a introdução da concorrência no regime de serviços públicos anteriormente considerados atividades de monopólio pelo Poder Público. Sobre o tema, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁵⁴ Nesse contexto, para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães a “Administração Pública tem o dever institucional de promover a concorrência como um fator objetivo das licitações.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit., p. 94).

instrumentos regulatórios disponíveis, o que inclui a utilização do poder de compra estatal para tal finalidade⁵⁵.

Já quanto à segunda vertente, Pedro Costa Gonçalves, também fazendo menção a uma função regulatória, destaca que “as entidades adjudicantes estão em situação privilegiada para o desempenho de um papel relevante, de primeira linha, na prevenção, detecção e gestão de práticas restritivas da concorrência no âmbito da contratação pública”⁵⁶. Para tanto, deve o Estado assumir função preventiva à formação de cartéis, atuando para eliminar as brechas e os incentivos à adoção pelos agentes privados de condutas anticoncorrenciais⁵⁷.

Não se trata de preocupação banal. Com efeito, a literatura ressalta que o conluio entre participantes, com a formação de cartéis, é a maior ameaça para a integridade das licitações⁵⁸, sendo que, pelas peculiaridades da contratação pública, tal ilícito concorrencial encontra ambiente propício para desenvolvimento⁵⁹ ⁶⁰. Além disso, dados da OCDE indicam que, em média, os cartéis acarretam sobrepreço na ordem de 10% do valor envolvido e causam danos gerais no mercado que alcançam 20% do montante do comércio afetado⁶¹.

Como já exposto, não havendo efetiva competição, o procedimento licitatório não alcançará a sua finalidade de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Inexistindo concorrência em um mercado em que em tese deveria

⁵⁵ FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011, p. 7. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72136>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 423.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ Nesse sentido ver SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event, p. 2. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763. Acesso em: 20 set. 2015; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., p. 95.

⁵⁹ Conforme Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, “Talvez a formação de cartéis seja o ilícito concorrencial que tenha ambiente mais fértil nas licitações. Com o passar do tempo as empresas dos mesmos setores econômicos (geográficos, tecnológicos etc.) tendem a participar de certames equivalentes, instalando-se aqui um incentivo à atenuação da rivalidade, acomodação das respectivas participações mercadológicas e fixação subjetiva de preços por meio de acordos (tácitos ou expressos). Nas licitações, várias são as práticas que podem revelar a formação de acordos entre os concorrentes, com vistas a fixar preços ou quotas de mercado (propostas fraudulentas ou simuladas, a fim de possibilitar a vitória alheia; fixação de preços entre os concorrentes, visando a elevar os custos públicos; divisão de lotes e/ou certames entre os mesmos concorrentes, de molde a assegurar a vitória de todos em diversas licitações etc.)” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit., p. 95).

⁶⁰ Ver também LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, pp. 4-6. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=76299&idPublicacao=6>. Acesso em: 20 set. 2015.

⁶¹ OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002, p. 77. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso: 06 de junho de 2015.

haver disputa entre os participantes, possivelmente observar-se-á uma falha de mercado a ser corrigida por meio dos instrumentos regulatórios disponíveis. Assim, conforme Rafael Vêras de Freitas, os “instrumentos convocatórios e contratos administrativos devem ser formatados com base na função regulatória das licitações, de modo a dificultar a formação desse acordo horizontal entre concorrentes”⁶².

A promoção da maior concorrência e o princípio da competitividade não são, todavia, valores absolutos. Entendimento distinto aniquilaria a possibilidade de exercício da função regulatória da licitação como promotora de finalidades públicas diversas, na forma acima analisada. Por vezes o legislador ou o administrador, de acordo com as características do caso concreto, deverá ponderar o princípio concorrencial com outros valores de igual índole constitucional, conferindo primazia aos últimos, como ocorre nos exemplos citados na primeira parte do presente trabalho relativos ao uso dos instrumentos licitatórios para obtenção de resultados sociais, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte, dentre outros⁶³.

IV. CONCLUSÕES

Como brevemente examinado no presente trabalho, o Estado por vezes não se limita a utilizar o regimento licitatório apenas para cumprir a sua função primária, qual seja, a de permitir a contratação dos objetos pretendidos sob as condições mais vantajosas. Em razão do expressivo volume financeiro movimentado, o Estado é capaz de efetivamente influenciar o funcionamento dos mercados por meio de seu poder de compra.

É possível enxergar na referida atuação estatal o exercício de uma verdadeira função regulatória por meio das licitações, a se materializar ao menos sob duas diferentes perspectivas: uma, concernente a promover a concorrência e a competitividade nos mercados de interesse da Administração; e outra, relativa à utilização do procedimento licitatório como ferramenta para a promoção ou indução a determinadas finalidades ou políticas públicas constitucionalmente relevantes.

Quando almejar utilizar a licitação com escopo de incentivo a determinadas finalidades públicas, deve o Estado observar se o objetivo a ser alcançado encontra amparo no sistema constitucional e se as medidas estabelecidas superam o teste de proporcionalidade em relação à restrição de outros princípios que possam acarretar.

Já para a adequada proteção e promoção da concorrência por meio das licitações, revela-se importante a maior integração no direito da contratação pública de preocupações que seriam próprias do direito concorrencial, de modo a que se busque não apenas a competição em um determinado procedimento licitatório concreto, mas também promover a competição no mercado no qual se insere a licitação.

⁶² FREITAS, Rafael Vêras de. Op. cit., p. 7.

⁶³ GONÇALVES, Pedro Costa. Op. cit., p. 394.

V. REFERÊNCIAS

- ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, dez. 2013. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf. Acesso em: 13 set. 2015.
- ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E. Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets. *Public Procurement Law Review*, 18, 2009. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmks.pdf. Acesso em: 20 set. 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/RE_DAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf. Acesso em: 15 set. 2015.
- ARROWSMITH, Sue. *Horizontal Policies in Public Procurement: a taxonomy*. Disponível em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/suetaxonomyofhorizontalpolicies.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.
- BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
- CAUPERS, João. Contratação Pública e Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133151, out./dez. 2007, p. 03. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49829>. Acesso em: 19 ago. 2015.

- CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74727>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- DEKEL, Omer. The legal theory of competitive bidding for government contracts. *Public Contract Law Journal*, vol. 37, n. 2, inverno 2008. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. Acesso em: 13 set. 2015.
- FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009, p. 06. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62558>. Acesso em: 14 ago. 2015
- FREITAS, Rafael Vêras de. O combate aos cartéis nas licitações (visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72136>. Acesso em: 22 ago. 2015
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81547>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- KENNEDY-LOEST, Ciara; THOMAS, Christopher; FARLEY, Martin. EU Public Procurement and Competition Law: The Yin and Yang of the Legal World?. *Competition Law International*, nov. 2011, p. 78.
- LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=76299&idPublicacao=6>. Acesso em: 20 set. 2015..

- MCCRUDDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*. Disponível em: <http://edf.org.uk/news/ChrisMcCruddenPaper.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, pp. 115-176, 2010.
- MORAIS, Luis D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRO, Vera (Org.) *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- _____. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 11, ano 3, Julho / Setembro 2005, p. 7. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31154>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97458>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- OCDE. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>. Acesso em: 20 set. 2015
- _____. *Government at a Glance 2015*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en. Acesso em: 12 set. 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos - Teoria e Prática*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Competition Law and Public Procurement*. Draft submitted to the Intersections of Antitrust Workshop, Joint Newcastle University/LSE Event. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643763. Acesso em: 20 set. 2015..

_____. *Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU directive on public procurement*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2053414. Acesso em: 20 set. 2015

_____. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Recebido em: 24/06/2018
Aprovado em: 17/09/2018