

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini.
– Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-759-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O XII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, na bela e acolhedora Buenos Aires (ARG), seguramente será um marco nos encontros internacionais do CONPEDI - destacado como o maior, mais concorrido e um dos mais qualificados encontros internacionais já realizados. O evento ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do Brasil e contou também com a integração de colegas pesquisadores na Argentina, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

A marca que permeou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

- 1. O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRETIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS**
- 2. ANVISA E O CONTROLE JUDICIAL DE SEUS ATOS NORMATIVOS: AUTOCONTENÇÃO PARA EVITAR O ATIVISMO**
- 3. COM AS MUDANÇAS, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTINUA EFICIENTE?**
- 4. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, GOVERNO DIGITAL E GESTÃO POR RESULTADOS NO SETOR DOS RESÍDUOS SÓLIDOS**

5. ESTRATÉGIAS ANTICORRUPÇÃO: APRENDIZADOS PARA O BRASIL A PARTIR DAS EXPERIÊNCIAS DO REINO UNIDO E DOS ESTADOS UNIDOS

6. IMPACTOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

7. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MECANISMO DO DIREITO PRIVADO JUNTO AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA LEI 14.133/2021

8. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

9. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CASO DO GESTOR FALECIDO

10. PARADIGMAS PARA CRIAÇÃO DO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM ASSISTÊNCIA SOCIAL COM FOCO NO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

11. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EDUCACIONAL: ALTERNATIVA DE AMPLIAÇÃO INSTITUCIONAL PARA MELHORIA DA QUALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

12. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE POR AUTOPROMOÇÃO COMO COROLÁRIO PARA A PERDA DO MANDATO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

13. A RESPONSABILIDADE DO DATA PROTECTION OFFICER (DPO) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

14. O TERRITÓRIO-REDE COMO CATEGORIA ESTRATÉGICA PARA SE PLANEJAR O DESENVOLVIMENTO

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela elevada qualidade deste belo encontro internacional, e agradecemos aos colegas da Universidad de Buenos Aires (UBA), pela afetuosa acolhida que tivemos e pelos importantes momentos de integração e divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A culinária, a hospitalidade do povo argentino e a destacada beleza de Buenos Aires, sua história, praças e parques conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Buenos Aires (ARG); Florianópolis (SC), Curitiba (PR) e Rio Grande (RS), outubro de 2023.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – UNICURITIBA (PR)

Prof. Dr. Carlos André Sousa Birnfeld – Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MECANISMO DO DIREITO PRIVADO JUNTO AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA LEI 14.133/2021

THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION AS A PRIVATE LAW MECHANISM WITH BIDDING PROCESSES IN LAW 14.133/2021

Romulo Honorato Dias ¹
Yvila Maria Pitombeira Macedo ²

Resumo

A análise detalhada de forma de contratação por meio de processo licitatório é uma prática consolidada e essencial na Administração Pública para garantir transparência e eficiência na gestão. O presente artigo visa analisar o princípio da livre concorrência no contexto do processo licitatório, analisando inclusive sua relação no setor privado em comparação com o setor público licitatório, atuando como mecanismo de proteção aos concorrentes no âmbito do direito privado, à luz da Lei 14.133/2021. Busca-se compreender a relevância desse princípio nas relações licitatórias, visando assegurar um processo mais transparente e eficiente. A presença de fraude ao processo licitatório bem como a formação de monopólios e cartéis são temas presentes no artigo para embasar. Para tanto, adotaremos uma abordagem jurídica com base em pesquisa bibliográfica e análise da legislação pertinente. A problemática está relacionada aos desafios que surgem no cenário licitatório, especialmente no que diz respeito à manutenção da livre concorrência, devido às restrições indevidas e possíveis violações a esses princípios, buscando-se, através de método dedutivo de análise, compreender a relevância desse princípio para as formas de contratação mediante o processo licitatório.

Palavras-chave: Licitações, Livre concorrência, Princípio, Mecanismos, Lei 14.133/2021

Abstract/Resumen/Résumé

The detailed analysis of the procurement process through competitive bidding is a well-established and essential practice in Public Administration to ensure transparency and efficiency in management. This article aims to examine the principle of free competition in the context of the procurement process, including its comparison between the private sector and the public procurement sector, acting as a protective mechanism for competitors within the realm of private law, under the auspices of the Law 14.133/2021. The objective is to understand the relevance of this principle in procurement relationships, aiming to ensure a more transparent and efficient process. Fraud in the procurement process as well as the formation of monopolies and cartels are discussed topics in the article for substantiation. To achieve this, we will adopt a legal approach based on bibliographic research and analysis of pertinent legislation. The issue is related to challenges that arise in the procurement

¹ Mestrando em Direito Privado - UNI7 - Fortaleza - CE

² Mestranda em Direito Privado - UNI7 - Fortaleza - CE

landscape, especially concerning the preservation of free competition, due to unwarranted restrictions and possible violations of these principles. Through a deductive method of analysis, the article seeks to comprehend the importance of this principle for forms of procurement through the bidding process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tenders, Free competition, Principle, Mechanisms, Law. 14,133/2021

Introdução

A temática relativa as questões de mercado junto as licitações e seus processos nunca tiveram tão em voga. Cada vez mais, os processos de licitações veem sofrendo mais e mais variações. A lei 14.133/2021, veio para reajustar determinados pontos a serem tratados pelas entidades e órgãos públicos na observância dos processos licitatórios, bem como trouxe ainda a inclusão das Encomendas Tecnológicas como modalidade de licitação.

A administração pública tem entre seus mais intrínsecos objetivos o de prestar a toda coletividade serviços essenciais de forma eficiente. Assim, a fim garantir as aquisições básicas, necessárias, da administração, com ensejo nos princípios da publicidade e da transparência, se buscou a formação do processo licitatório como sendo o meio mais democrático e isonômico possível para que os particulares, detentores dos bens desejados pelo ente administrativo, possam concorrer com seus pares para realizar a prestação da necessidade administrativa.

Assim, nasce do processo licitatório a necessidade de ser utilizado princípios e procedimentos do direito privado por meio do ente público a fim de que seja possível garantir uma prestação de serviço, bem ou insumo de qualidade para a administração pública.

Sendo, portanto, um procedimento formal, buscando a isonomia entre as partes, de caráter obrigatório por parte dos entes públicos e entidades governamentais, com a finalidade de buscar a contratação, obedecendo os princípios da igualdade dos participantes, com o fim de estabelecer a melhor proposta para a administração. (CHAVES, 2015)

Ainda conforme Dos Santos Chavez (2015, p.150), os critérios devem ser preestabelecidos, a fim de que seja possível conseguir alcançar todos os princípios inerentes nas licitações, com base no próprio sistema convocatório.

A necessidade de um processo licitatório é oriunda de todos os entes da administração pública, seja federal, estadual ou municipal.

Pautando-se nessas necessidades, o princípio da livre concorrência, oriundo do setor privado, deve ser contemplado nesse período dentro do serviço público, uma vez que, os particulares que participam dos processos licitatórios carecem de garantias de que o procedimento, apensar de conter restrições dos editais, não se limitam a um único grupo de participantes, sendo acessível para todos os que encontram-se compreendidos nos itens exigidos na lei de licitação e nos atos regulatórios do processo de licitação.

Por haver a necessidade de combater as práticas de contrárias a lei, como, por exemplo, a corrupção, a formação de cartéis, o favorecimento de terceiros, ou ainda o nepotismo, por norma é fundamental a aplicação do processo licitatório por base de seus princípios. Não sendo então diferente a utilização do princípio da livre concorrência.

O presente trabalho se utiliza do método indutivo. Sendo dividido em quatro seções, sendo excetuada a primeira introdução, na segunda seção é trabalhado a questão das licitações como forma de contratação, analisando a evolução do processo licitatório. Na terceira seção foi realizado um levantamento de mecanismos de proteção a concorrência dentro da lei 14.133/2021. Já na quarta seção, é trabalhado a questão do princípio da livre concorrência de modo abrangente, conseqüentemente, sua aplicação nas contratações por licitação. Na conclusão, estabeleceremos os conceitos finais e concluiremos que de fato o princípio da livre concorrência é indispensável para termos um processo administrativo licitatório isonômico e buscando sempre o melhor para a administração pública.

2. Licitação como forma de contratação pública: uma análise do passado e as novas tendências licitatórias

O processo licitatório instituído no direito público brasileiro, mais precisamente nas aquisições de compras pela administração pública desde o período do império, sendo, portanto, uma instituição de compras públicas bastante antiga. A necessidade de utilização desse mecanismo por parte dos entes públicos a fim de vislumbrar uma melhor possibilidade de transparência para as aquisições do setor público. (ALVES, 2020)

Posteriormente ao início das aquisições de compras públicas por meio próprio de aquisição, já em um segundo momento no império, tivemos o avanço das licitações. Partindo desse momento, para o período da república velha e findando com a edição do Decreto Lei nº 200/67, já no período do regime militar.

Como ilustra Gomes, o regime militar trouxe algumas peculiaridades, sendo que durante esse momento, as principais famílias das empresas responsáveis por construção civil se fortaleceram por meio dos contratos que firmavam com o setor público. Em todo esse processo, buscava-se por suas inserções junto as agências federais para realizarem as obras de engenharia da época. (GOMES, 2023)

Conforme explicado acima, é interessante, aliás que, apesar de o período militar ser responsável pela promulgação do decreto-lei 200/67, podemos perceber que há época, muitas famílias ainda vinham sendo beneficiadas por parte da administração militar na realização das obras públicas, mas há um fato que se sobrepõe ao real motivo da vontade da legislação da época. Uma vez que, se pregava pelos militares a moralização das instituições públicas. O que não se via nesse contexto.

O processo licitatório então foi incorporado junto a Constituição de 1988, sendo que muito do que se tinha no decreto 200/67 foi então aproveitado pelo texto constitucional.

Nas palavras de Meirelles “as licitações estão hoje regidas pelo Decreto Lei federal n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que em seus artigos 125 a 144 estabelece normas para as contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica.” (MEIRELLES, 1971)

Conforme Di Pietro, licitação é um procedimento administrativo pelo qual um ente público, e aqui se engloba qualquer ente público da administração pública direta e indireta, no exercício de sua função administrativa, abre a todas as partes interessadas, desde que estejam em plena condição de concluir o contrato, a possibilidade de formularem propostas, sendo que o ente público irá aceitar a que for mais conveniente a ele. (DI PIETRO, 2022)

Cabe refletirmos que, apesar das inúmeras modificações nos processos licitatórios, nunca houve uma modificação substancial a fim de que fosse possível de fato combater as fraudes licitatórias nem os favorecimentos de determinadas pessoas jurídicas participantes de um processo licitatório.

Conforme define o termo fraude, Rodolfo Carneiro de Souza (2021, p.12):

A fraude, do latim *frauduletus*, uma ação de iludir, evoca um sujeito de ação, não é um verbo infinitivo que acontece no vazio do tempo e da história como o verbo corromper; fraudar está essencialmente associado ao fraudador – com ou sem intenção, como veremos em outro momento –, remete a um sujeito, a ação de um agente.

Portanto, referindo-se a fraude de forma específica, temos que incumbir a fraude relacionada ao erário, como parte do processo licitatório, buscou-se sempre, com as propostas, atingir as chamadas liturgias licitatórias, bem como, procurou-se ainda atingir as questões éticas e morais. (BACELLAR FILHO, 2007)

Como nos diz Romeu Felipe: “a preocupação em relação às leis de cunho administrativo é, sem dúvida, a inserção, em abundância, dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.” (BACELLAR FILHO, 2007)

Assim, a norma licitatória, como tem um caráter nacional, tem seus problemas. Mais precisamente quando falamos da distinção e necessidade de um estado da federação para outro, ou mesmo de município para município, com cada um suas próprias nuances e diferenças.

Assim, a importância de haver complemento nos processos licitatórios, e como poderemos ver trazidos alguns pontos importantes pelo direito privado, a fim de que se possa resguardar o interesse do coletivo sobre o particular.

Uma vez que, a existência de mecanismos de proteção, a fim de garantir a isonomia do processo licitatório, é fundamental para que venha ser possível manter o interesse da coletividade representada pela administração pública.

A livre concorrência, então, nasce para o direito público, oriundo do direito privado, como um mecanismo muito importante para coibir a práticas de atos contrários ao interesse público.

3. Mecanismos de garantia da livre concorrência aplicados as licitações públicas

A livre concorrência, pode ser considerada com um dos mecanismos existentes dentro do direito administrativo, nos processos licitatórios, tendo um DNA oriundo das relações particulares por meio do direito privado.

As relações da livre concorrência, tem seu nascimento dentro do direito concorrencial, voltado para a proteção da concorrência dentro dos mercados empresariais e comerciais.

Assim, por ser as licitações uma particularidade do direito administrativo, é, contudo, pautada por esse princípio, uma vez que o poder público passa a necessitar de agentes externos a atividades públicas, sendo por meio das empresas privadas que cumpram as regras constantes no edital a fim de que possam contribuir com a coletividade através de suas prestações de serviços ou mesmo de fornecimento de materiais, ou insumos, bem como de construção civil e recentemente através do desenvolvimento de pesquisas tecnológicas, podendo serem encomendadas pelo próprio ente estatal.

Percebe-se que, o direito administrativo tem um grande apoio das regras oriundas do direito privado. Citamos como exemplo os ensinando sobre esses temas, nas palavras de Miguel Seabra Fagundes: “A teoria dos funcionários de fato, que, conquanto, já hoje muito bem formulada ao ângulo do Direito Público, encontra raízes na gestão de negócios do Direito Privado, é outro exemplo.” (FAGUNDES, 1964)

A falta da sistematicidade do Direito Administrativo pode causar a necessidade das incisões do direito privado junto a determinados atos e fatos necessários ao exercício das funções administrativas.

Não se pode negar que o direito privado foi um ponto importantíssimo para a fundamentação do direito administrativo, sendo que até os dias atuais, depende o direito administrativo de muitos fundamentos e pontos oriundos do direito civil em si. (MEDUAR, 2018)

3.1. Sistema de defesa da concorrência

A nossa Constituição Federal, trouxe para o sistema normativo brasileiro a defesa da concorrência para o mercado. Precisamente pelo art. 170, caput, do nosso texto maior. Traz para

tanto, vários fundamentos, sendo a livre concorrência e livre iniciativa uma dessas, buscando a existência coexistência das empresas.

Uma das questões mais trazidas pela doutrina é que a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição bastante inflada de princípios. Nas palavras de Freitas (2004, p. 182):

Aplicando-se os conceitos formulados à Constituição, esta passa a ser vista como uma rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial.

A necessidade de se ter princípios basilares junto aos sistemas constitucionais é de suma importância a fim de que seja possível fazer uma estrutura para que seja capaz de sustentar os preceitos.

Assim nos ensina Tércio Sampaio Ferraz que os dois princípios contidos no art. 170, tanto a livre concorrência no inciso IV como da livre iniciativa no *caput*, fazem parte do nomeado livre mercado. Assim, a livre concorrência não estaria ligada em todos os casos a esses dois princípios. (FERRAZ JÚNIOR, 2006)

Conforme nos ensina Vicente Bagnoli, encontra-se o fundamento da economia de mercado, quando os agentes precisam pautar suas disputas de forma equilibrada, sendo que a melhor alcançará a vitória. (BAGNOLI, 2017)

Assim, nos ensinando ainda o referido autor, a autoridade concorrencial é responsável pelo processamento das denúncias e julgamentos, sendo que o agente econômico não pode ser punido pela autoridade, que, segundo o juízo de valor dela, seria ou não confirmado como infração à ordem econômica. (BAGNOLI, 2017)

Em território brasileiro, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, CADE, é o responsável por tentar proporcionar a defesa da concorrência entre os particulares no mercado.

Se deu iniciativa para que seja possível realizar a defesa da concorrência pelo CADE por meio da abertura da economia e muito fortemente com a promulgação da Lei nº 8.884 de 1994. (SALGADO, 1997)

Ressalta-se que conforme as palavras de José Matias Pereira (2006):

“Sendo a concorrência a regra do mercado torna-se possível sustentar que a ela deve ser creditada a elevação do nível de competitividade e de qualidade dos bens e serviços ofertados pelas empresas ao mercado consumidor.”

Portanto, a livre concorrência, nasce da necessidade do Estado de regulamentar a forma com que será exercido a concorrência no mercado privado de produtos e serviços, a fim de

coibir as práticas predatórias, sejam por meio de carteis, monopólios ou outros, pelas empresas pertencentes a esses mercados.

3.2. O princípio da livre concorrência

Apesar de o princípio da livre concorrência ser diretamente ligado as questões de consumos e mercadológicas, a administração pública se coloca como sendo um consumidor, passando a selecionar o produto ou bem que deseja adquirir através do processo licitatório.

Nas palavras de Fortes e Bassoli (2010):

“O sentido do Princípio da Livre Concorrência parte da ideia de liberdade de competição no mercado a partir da igualdade de condições entre os agentes econômicos.”

Assim, todas as áreas relacionadas a questões referentes a aquisição de produtos ou prestação de serviços devem estar regidas pelo princípio supracitado, sendo necessária cada área mercadológica, adaptar-se para que cumpra os requisitos exigidos tanto nas Constituição de 1988 como nas legislações infralegais.

A exemplo, o direito do consumidor, por mais que seja totalmente enlaçado com o direito concorrencial, entende-se que ele não é o objetivo desse ramo do direito, sendo a concorrência mais abrangente do que apenas uma proteção ao consumidor. É o que podemos entender das palavras de Calixto Salomão, que nos diz: “o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas”. (SALOMÃO FILHO, 2003)

Segundo Jean Baudrillard, estamos cercados pelo consumo, seja por meio de situações fantasiosas, seja por meio da abundância, sendo abarcadas por objetos, serviços ou os chamados bens gerais. (BRAUDILLARD, 2010)

Assim, por ser a administração pública, nesse aspecto em sua essência um consumidor, partindo da tutela da defesa, englobasse contra às práticas comerciais desleais, e tendo em vista que com as modernidades cada vez mais existem, para esse tipo de prática. (LEITÃO, 2012).

Segundo Elionora Nazaré Cardoso, assim como qualquer consumidor, a administração pública merece os melhores serviços e produtos no mercado, procurando produzir os efeitos que a eles são inerentes. (CARDOSO, 2014)

A livre concorrência tem então um condão duplo, podendo ser entendido, nas palavras de Ferras Junior, como uma espécie de garantia de igualdade entre os participantes do processo de venda de um objeto ou prestação de um serviço. (FERRAS JÚNIOR, 1989). Também pode ser entendida em uma segunda forma, como exemplifica Eros Grau, sendo a livre concorrência

uma disputa em pé de igualdade, independente do espaço que pertence e na pluralidade de mercados. (GRAU, 2004)

A nova lei de licitações, n. 14.133/2021, trouxe mecanismos capazes de garantir que os processos licitatórios fossem, pelo menos em tese, mais difíceis de serem fraudados ou que haja favorecimento por parte do gestor público em detrimento de alguns.

Por edital entendemos, conforme as palavras de Meirelles, sendo um documento expedido pela administração pública, tornando então público o início do processo, envolvendo a concorrência, ou tomada de preço, deixando ainda fixadas todas as condições de sua realização. Ponto a ser detalhado é que o edital vincula a administração em contraponto aos participantes do setor privado. (MEIRELLES, 2014)

Como pode-se ver no artigo 29 do diploma legal supracitado, onde traz justamente esse estabelecimento, de que os editais sejam editados de forma transparentes. Estabelece ainda que esses devem conter informações completas e precisa sobre o objetivo da licitação. Assim, deixando claro todos os pontos essenciais, para conhecimento dos participantes do processo, sendo eles, os prazos, as penalidades e todas as condições para ser adequado o entendimento e participação dos agentes interessados.

Aqui a incidência do art. 29, no sentido de preservar a livre concorrência, buscando evitar então a práticas discriminatórias, preservando os princípios da igualdade e isonomia, a fim de que seja garantida condições de igualdade, permitindo que todos tenham o acesso direto as mesmas informações.

O artigo 30, por sua vez, retrata a importância dessa transparência, ao estabelecer todas as regras necessárias a ter o edital licitatório. Afirma ainda o dispositivo que, a linguagem utilizada pelo edital, deve ser utilizada de forma clara e precisa, evitando ainda a inclusão de cláusulas que prejudiquem a concorrência.

4. O princípio da livre concorrência e sua aplicação nos processos de contratação licitatórios

A competição é algo inerente ao processo licitatório, fazendo parte de seu sistema, não podendo dele ser expelido. Segundo entendimento do Tribunal de Contratos da União, tanto a competição como a busca incessante da administração pelo melhor produto e preço, são então fundamentos das modalidades licitatórias.

As licitações passam por um processo específico de abertura do processo, que necessariamente deve ser seguido a fim de que, seja possível sua concretude. Nas palavras de

Dos Santos Chaves (2015, p. 153), posteriormente a confecção do Termo de Referência ou Projeto Básico, inicia-se a chamada fase interna.

Essa fase, conhecida como fase preparatória deve observar uma sequência de atos que vão desde a solicitação expressa do setor, aprovação da autoridade competente, o registro ou autuação com seu devido protocolo, uma estimativa dos valores referentes a contratação, verificação orçamentária, minuta do contrato, edital licitatório e parecer jurídico. (CHAVES, 2015)

Um ponto importante para delimitar a concorrência dentro dos processos licitatórios é justamente a necessidade de apresentar o Projeto Básico a disposição dos concorrentes.

Nas palavras de Justen Filho (2002, p. 118): “o projeto básico deve ser colocado à disposição dos interessados em participar da licitação, evitando que o projeto seja elaborado em momento posterior ao início da licitação.”

Percebe-se então que a concorrência se apresenta desde os primeiros atos do processo licitatório, uma vez que em todos os momentos a presença dos participantes deve ser possibilitada pela administração pública.

O termo concorrência traz em seu sentido popular conceitos bastantes particulares. Podemos entender como sendo a possibilidade de um consumidor de poder escolher a mercadoria que deseja, bem como a pessoa física ou jurídica que irá lhe proporcionar, a depender das condições por ele estabelecidas e aceita pela parte interessada. (RAGAZZO, 2006)

A base do princípio da livre concorrência, então, está enraizada no texto constitucional, precisamente no art. 170 em seu inciso IV, conforme detalhado no tópico anterior.

O que nos faz refletir, nas palavras de Eros Grau, que a livre concorrência está diretamente ligada a questões relacionadas a liberdade, não somente amarrada as questões diretas do capitalismo, mas sim, assegurar, não somente as empresas, mas também aos consumidores e aos trabalhadores. (GRAU, 1991)

Ressalta-se ainda que, conforme o Carlos Emanuel Ragazzo, essa escolha pode ocorrer por um ente público, seja dentro da União, Estados ou Municípios e aí estaríamos diante do chamado processo licitatório. (RAGAZZO, 2006)

As bases para a livre concorrência tiveram início mais precisamente com o liberalismo clássico do século XVIII, onde podemos perceber que se estabeleceu um modelo econômico em que o Estado era o responsável por uma interferência mínima no mercado, uma vez que agia apenas como forma a tentar garantir as liberdades dos indivíduos.

Ver-se que, o principal detalhe no conceito de licitação trazido no tópico anterior é justamente a percepção de que a proposta mais vantajosa a administração é esse ápice, uma vez que, é estar buscando a aquisição de um bem ou serviço e que por tanto encontra-se no papel de consumidor.

Para reforçar o posicionamento, as palavras de Eros Grau que diz: "proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio"

A livre concorrência, por sua vez, deve ser respeitada inclusive nos processos licitatórios. Contudo, existem pontos a serem traçados aqui, uma vez que esse princípio é ainda enxertado por determinadas características dentro do processo licitatório.

A lei 8.666/93, contudo, que se encontra em vigor até o dia 31 de dezembro de 2023, traz algumas exigências a serem cumpridas pelos participantes das licitações a fim de resguardar a igualdade na participação.

Ao citar o art. 22, onde estipula as modalidades licitatórios, o texto, nos parágrafos específicos de cada um, traz como forma limitativa a exigência de critérios no edital que os concorrentes devem observar a fim de que possam participar do processo. Ressalte-se ainda que, a própria lei faz menção no art. 23, de limites estabelecidos para cada modalidade licitatória, e informa que o próprio edital poderia então realizar quantitativo mínimo a fim de preservar a economia de escala.

Os conceitos de livre concorrência ou livre iniciativa são oriundos das relações antitruste, inicialmente criadas legislações no direito norte-americano como o *Sherman Act*, no final do século XIX.

A preocupação precípua dessas legislações, bem como da lei de concorrência brasileira, lei 12.529/2011, é a de garantir a livre concorrência no mercado. Vemos que, segundo consta a preocupação da época nos Estados Unidos, contemporâneas a criação do *Sherman Act* era a de realimentação contra a prática de cartéis e monopólios. Principalmente esse segundo, com a expansão do mercado do petróleo, que tinham uma grande expansão no período de publicação da legislação citada.

Carteis por sua vez são definidos como acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis em um relacionamento mercadológico e entre concorrentes.

O CADE tem entendimento no sentido de que, os cartéis clássicos, que são chamados como hardcore, per si, são ilícitos, por seu próprio objeto constitutivo, não sendo para tanto necessário provar que o mesmo foi criado com o intuito de exercer atos anticoncorrenciais. (COELHO, 2018)

No direito administrativo, mais precisamente junto, as questões relativas à formação de cartéis de empresas para participarem de procedimentos licitatórios correspondem a uma prática atualmente comum, principalmente em pequenos municípios onde vários participantes atuam em conformidade para que um deles cheguem a ganhar o ato licitatório.

O objetivo principal dos cartéis é de justamente fraudar o processo, sendo que essa fraude, se caracteriza por frustra esse procedimento, podendo ser realizado tanto pelos agentes externos, como os participantes como pelo envolvimento de agentes públicos, a fim de que consiga vantagem pelo processo licitatório. (DOS SANTOS, 2022)

Nasce por tanto a necessidade de combater as fraudes as licitações, sendo que para Roberto (2020, p. 19):

Os resultados mostram que o meio mais eficaz para combater as fraudes é, sem dúvida alguma, a prevenção e a mitigação de riscos em processos, por meio de implantação de controles internos preventivos e detectivos (capacitação, estrutura física, material, tecnológica e de recursos humanos, sistemas, estrutura organizacional e de governança, manuais, normatização, corregedoria, efetiva penalização etc.). Tanto aqui no Brasil quanto em qualquer lugar no mundo.

Ver-se a importância do processo licitatório isonômico e transparente como forma de princípio contrário a formação de cartéis. Nas palavras de Mello, a licitação tem sua base firmada na ideologia de uma competição isonômica, entre as partes que serão protagonistas no processo licitatório, desde que possuam a capacidade de executar o contrato proposto pela administração. (DE MELLO, 2015)

Assim, a própria legislação licitatória traz uma importante advertência contra atos anticompetitivos por parte dos participantes da licitação. Conforme preconiza o art. 82 da Lei. 8.666,1993:

Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

A lei então retrai sobre os participantes o alerta quanto a violação tanto do edital como da própria lei, uma vez que a prática de cartel, ou seja, a formação de várias empresas com o intuito de fraudar o processo licitatório acarretará os sanções previstas na própria lei.

O comércio privado por sua vez é regulado pela lei 12.529/2011, e investigado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, contudo no âmbito licitatório os entes públicos devem se resguardarem a editarem normas a fim de coibir a prática de cartéis dentro dos processos licitatórios.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico tornou pública as diretrizes para buscar combater esse conluio entre concorrentes nos processos licitatórios, com

as seguintes práticas: propostas fictícias ou de cobertura; supressão de propostas, propostas rotativas e de rotina e divisão de mercado. Analisando as propostas, evidenciamos que o interesse dos licitantes com esses atos são de majorarem os valores das propostas, bem com aumentar os lucros.

Ressaltamos ainda importante decisão do CADE que diz:

No caso de cartéis em licitações, o incremento de preços acontece às custas dos cofres públicos, o que reduz a possibilidade de o poder público prestar maior volume de serviços ou reduzir o custo dos disponibilizados. Via acordos prévios e variadas estratégias, os cartéis acabam por impedir que a Administração adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições possíveis. (CADE, 2015)

Conforme Daniele de Oliveira Nunes, a existência de cartéis nos processos licitatórios provoca vários efeitos, sendo um dos mais negativos, pelo fato de os cartéis terem um poderio econômico muito grande, facilitando assim a captura de agentes públicos, por moeda corrente a facilitar o acesso às pessoas jurídicas desses cartéis como vencedora dos processos, deixando de lado então o interesse público. (NUNES, 2016)

Assim, a fraude ao processo licitatório, mediante formação de cartel, não lesa apenas a administração pública em sentido secundário, mas também lesa diretamente a população que contribui com os tributos em geral.

Percebe-se que, segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômico, CADE, nos destaca que: “na medida em que prejudicam a prestação do serviço público e representam desvios de dinheiro público, lesando todos os contribuintes”.

Inegável é a existência de atos de cartéis nos processos licitatórios, contudo, a importância de a administração pública, buscar sempre manter regulados os atos, bem como produzindo meios de coibir a prática de atos atentatórios ao sistema licitatório, a fim de manter-se o bem-estar das relações privadas junto a administração pública.

Conclusões

O processo licitatório, desde o período das chamadas arrematações, apresenta um papel importantíssimo no processo democrático. Esse papel passa por muitos problemas, principalmente quando ocorrem fraudes, formação de cartéis ou mesmo favorecimento de pessoas jurídicas específicas.

Contudo, a importância das licitações para as aquisições públicas, por sua vez, é um mecanismo indispensável a tentativa de manutenção do princípio da livre concorrência nos processos públicos de compras de produtos, serviços ou mesmo obras, buscando a concretude da ordem democrática.

Esse princípio, apesar de ser oriundo do setor privado, derivado da necessidade de manutenção concorrencial do mercado pelo órgão estatal, sendo matéria da lei 12.529/2011 no direito concorrencial, é inquestionável sua utilização no serviço público, dentro dos processos licitatórios, pois é por ele que a administração age perante os particulares que forneçam seus produtos e serviços a administração pública.

As licitações devem ser pautadas pelos princípios constitucionais da isonomia e igualdade. Contudo, devem ainda serem correspondidas dentro do princípio da livre concorrência, a fim de que os editais convocatórios possam proporcionar a todas as pessoas jurídicas, desde que aptas nos termos da lei, a participarem de forma concorrente aos processos licitatórios.

Assim, buscou-se com o presente artigo, analisar a aplicação do princípio da livre concorrência, oriundo do art. 170 da carta constitucional dentro do setor público. Com o intuito final de passarmos a entender que a livre concorrência é sem dúvida fundamental dentro do processo licitatório.

Contudo, na prática, devem-se ainda os editais licitatórios passarem a endurecer os seus dispositivos, a fim de que seja possível um melhor enfreamento de práticas fraudulentas contrárias as licitações, principalmente com relação ao favorecimento de terceiros ou ainda, a chamada formação de cartéis em processos licitatórios.

Torna-se então importantes a inserção do presente princípio nos processos licitatórios, tendo em vista que, a não busca de uma concorrência livre por parte dos participantes dentro da necessidade de compra da administração causará prejuízos maiores para toda a coletividade, que pode ser prejudicada de forma indireta.

Analisando em específico o caso da aplicação do princípio, em contraponto aos mecanismos contrários a concorrência como, fraude, formação de cartel e ainda favorecimento de terceiros, podemos ver que o princípio exerce um fundamental objeto de garantia dos direitos concorrenciais as empresas participantes, bem como, a garantir a própria democracia como base do direito público.

REFERENCIAS

ALVES, Ana Paula Gross. A evolução histórica das licitações e o atual processo de compras públicas em situação de emergência no Brasil. **REGEN Revista de Gestão, Economia e Negócios**, v. 1, n. 2, p.3, 2020.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

BASSOLI, M. kempfer; FORTES, F. C. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. **Scientia Iuris**, [S. l.], v. 14, p. 235–253, 2010. DOI: 10.5433/2178-8189.2010v14n0p235. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659>. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRAUDILLARD, Jean - **A Sociedade de Consumo**. Edições 70: Lisboa, 2010. p. 13 – 22.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50**. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.615/2008-Plenário**. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

CARDOSO, Elionora, **As práticas comerciais desleais**, 2014, tese de doutoramento - Direito, Lisboa, 21 jul. 2014.

COELHO, Maria Camilla Arnez Ribeiro. 8. Algoritmos, conclusão e “novos agentes”: Os quatro cenários de Stucke e Ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira. *Mulheres no Antitruste*, **Singular**, São Paulo, 2018, p. 123.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2022, p. 385.

DOS SANTOS CHAVES, Eber. Aspectos Importantes da Fase Interna da Licitação: uma Análise sobre o Conjunto de Elementos Necessários e Suficientes para a Caracterização do Objeto do Processo Licitatório. **Revista Controle-Doutrina e Artigos**, v. 13, n. 1, p. 149-170, 2015.

DOS SANTOS, Felipe Aguiar; BEZERRA, Darlan Oliveira. LICITAÇÃO PÚBLICA E SEUS CONTRATOS: FRAUDES E CARTÉIS EM LICITAÇÕES. **Revista Campo do Saber**, v. 8, n. 2, 2022, p. 1-29.

DOURADO, Rodolfo Carneiro de Souza. **Ecossistema da corrupção no Brasil**: a sombra da gestão pública nas fraudes licitatórias, Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da contribuição do código civil para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 78, outubro-dezembro 1964, p. 1-25.

FERRAS JUNIOR, Tercio Sampaio. **A economia** e o controle do estado. O Estado de São Paulo, São Paulo, 4 jun 1989.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar, Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos, **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 2, n. 14, p. 77–85, 2007.

GOMES, Yuri Pereira. Fraude em licitação no regime militar de 1964. In: IV SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO, Universidade do Estado de Minas Gerais – Diamantina. **Anais**. 22 a 24 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.uemg.br/images/pdfs-noticias/diamantina-anais-iv-simposio-historia-direito.pdf>. Acesso em 05 jun. 2023

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo**: estudo sobre a interpretação da lei, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 15.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 210.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 197.

LEITÃO, Luís Menezes – **As práticas comerciais desleais nas relações de consumo**. Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores. Almedina: Coimbra, 2012. Pp. 369.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 10, p. 51-73, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 536.

MEIRELLES, H. L. (1971). Licitações e contratos administrativos. **Revista De Direito Administrativo**, 2014, p. 22. 105, 14–34. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35800>, Acesso em: 21 jun. 2023

MEDUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34.

NUNES, Daniele de Oliveira, Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa, **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 185–210, 2016.

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

Salgado, L. H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas na teoria concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-52.