PROPOSTA DE MENOR PREÇO E TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES

EDUARDO ROCHA DIAS*

I — *Introdução.* II — *Preços e propostas inexeqüíveis e precos e propostas incompatíveis com as condições do mercado.* III — *A tutela da ordem econômica nas licitações. Bibliografia*

I — *Introdução*

A Constituição representa não apenas um instrumento de limitação do poder do Estado, definindo suas competências e delimitando a esfera dos direitos individuais de liberdade e de propriedade. A par de tais direitos, conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração, afirmam-se, a partir da primeira metade do século XX, mas principalmente após o segundo pós-guerra, os chamados direitos fundamentais de segunda geração, direitos econômicos e sociais, a exigir do Estado uma atividade prestacional e reguladora. (BONAVIDES, 1993:476). CAIO TÁCITO (1990:11) alude a essa ampliação dos temas das Constituições, que deixam de se limitar a tutelar os "clássicos direitos e liberdades individuais como ainda a receber novos direitos sociais e mesmo a proteger interesses coletivos e difusos". A partir de tais direitos consagrados constitucionalmente revela-se a "força normativa da constituição" (HESSE,1991:15), tendente não apenas a ser um reflexo da sociedade, mas a atuar sobre a mesma e a transformá-la.

A Constituição é referida como um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 1992:171) destinado a uma concretização. Os princípios fundamentam as regras, servem como critérios de interpretação das mesmas e de colmatação de lacunas por parte do intérprete, incorporando valores que devem nortear a atuação do Estado e da sociedade.

Entre os princípios estruturantes da Constituição destacam-se o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Constitui corolário deste último o princípio da licitação (art. 37, inciso XXI, da Constituição), a predicar a necessidade

* Advogado, Procurador do INSS, Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da UFC.

de um procedimento prévio à aquisição pelo Estado de bens e serviços e à realização de obras e alienações. Destina-se o procedimento licitatório a assegurar a igualdade de oportunidades entre os pretendentes à contratação com o Poder Público e a possibilitar a este a escolha do candidato que melhor atenda o interesse público. O binômio interesse público-isonomia constitui a viga mestra do procedimento licitatório.

Caracteriza-se este último, ainda, pelo seu caráter competitivo. Visa "proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio" (GRAU, 1995:14), a partir do oferecimento de igualdade de oportunidades para os concorrentes em condições de atender aos requisitos fixados pela Administração[1]. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (1996:258) também se refere expressamente à competitividade como um princípio da licitação.

Coloca-se o problema, portanto, de definir os limites dessa competição entre particulares visando uma contratação com o Poder Público. Este busca a colaboração de particulares com sua atividade, escolhendo-os a partir de critérios objetivos fixados em lei, no caso a Lei 8.666/93. Referido diploma legal privilegiou, além da melhor técnica, da técnica e preço e do maior lance ou oferta, o critério do menor preço, muito embora sem descurar de outros requisitos que devem ser cumpridos para que uma proposta seja considerada vencedora. Deve a mesma atender às especificações do edital, assim como ser exeqüível, conforme determina o artigo 48, inciso II, da Lei de Licitações, *in verbis:*

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I — omissis

II — propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos Insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação" (grifou-se).

Impõe a Lei de Licitações a compatibilidade entre os custos dos insumos levados

1 EROS ROBERTO GRAU (Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 15) chama a atenção para o caráter competitivo do certame licitatório, distinguindo a competição-pressuposto da competição-disputa. A primeira é pressuposto da licitação e concreção do princípio da isonomia, manifestando-se na possibilidade de acesso de todos os concorrentes que preencham os requisitos mínimos necessários ao atendimento de seu objeto; a segunda é a possibilidade de algum ou alguns licitantes ofertar(em) proposta(s) melhor(es) que a dos outros. A primeira materializa-se no ato convocatório do certame, que vai fixar aqueles requisitos, a segunda, no momento do julgamento das propostas. Como, na prática, dificilmente, dois concorrentes estarão em condições de absoluta igualdade, impõe-se que a Administração, na elaboração do edital e na fixação dos critérios de julgamento das propostas, prenda-se a elementos razoáveis e relevantes de aferição dos licitantes. A Lei 8.666/93 exige o respeito a critérios objetivos de julgamento, bem como fixa requisitos de capacitação mínimos a serem exigidos dos concorrentes. Essa é a moldura dentro da qual deve mover-se a Administração, sem desbordá-la pela exigência de atendimento a condições irrelevantes para a consecução do objeto do certame ou sem fundamento plausível de razoabilidade. O desrespeito a essa regra, a par de macular a competitividade da licitação, indicia possível favorecimento a algum licitante, conduta tipificada como crime (Lei 8.666/93, artigo 90).

em consideração na fixação da proposta e as condições de mercado. Por outras palavras, impõe-se que a proposta reflita os valores reais dos insumos e uma expectativa de lucro compatível com o mercado. Pode a Administração, sob a alegativa de atender ao critério do menor preço, escolher uma proposta que não reflita essa realidade e que consagre um valor inferior àquele decorrente das condições de mercado? Não se trata de simples preço irrisório ou manifestamente inexeqüível[2]. Uma empresa de grande porte poderia ofertar um valor incompatível com o mercado, mas sua proposta poderia ser exeqüível faticamente. Isto é, mesmo tendo prejuízo, essa empresa executaria os termos pactuados pelo valor do contrato, mesmo sendo este inferior ao que seria de se esperar das condições de mercado e o faria escudada em sua maior pujança econômica. Tal conduta, obviamente, traduz uma violação à ordem econômica e aos princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico (arts. 170, inciso IV, e 173, parágrafo 4º, da Carta Magna). Mas o que se pergunta é qual o papel a ser esperado da Administração Pública. Deve escolher essa proposta fundada unicamente no critério do menor preço e com isso fechar os olhos a uma possível lesão aos princípios norteadores da ordem econômica e tutelares da livre concorrência? Como provar a ocorrência dessa lesão? Essas são as questões que o presente trabalho pretende enfrentar.

O atual cenário econômico de estabilidade monetária, no qual a moeda readquiriu sua função de reserva de valor, permite avaliar melhor os preços de bens e serviços sem os efeitos perversos da elevada correção monetária empregada durante o período de inflação mais elevada. Concorre também para evidenciar a necessidade de uma proteção mais efetiva da ordem econômica tal como delineada no vigente Texto Constitucional. Dada a importância do Poder Público como adquirente de bens e serviços, o acirramento da competição entre os agentes econômicos seguramente levará a que problemas como o enfrentado no presente trabalho se tornem mais comuns, o que exigirá das Comissões de Licitações uma maior sensibilidade para as regras e princípios atinentes à ordem econômica consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

II — *Preços e propostas inexeqüíveis e precos e propostas incompatíveis com as condições do mercado*

Determina o artigo 3º, *caput,* da Lei 8.666/93, que a licitação se destina a garantir o princípio constitucional da isonomia, privilegiando a competição, e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, isto é, a que melhor atenda o interesse público subjacente a toda atividade administrativa.

2 HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 273) considera proposta manifestamente inexeqüível aquela evidenciada por preços manifestamente baixos, prazos impraticáveis de entrega, inviabilidade técnica da oferta e "condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes, mas até então desconhecidos, ou supervenientes, verificados pela Administração".

O binômio interesse público-isonomia, portanto, deve informar a condução de todo procedimento licitatório, conforme já ressaltado.

Na determinação de qual proposta vem a ser a mais vantajosa para o interesse público, a Lei 8.666/93 indica uma série de parâmetros que devem ser rigidamente observados, a partir da consideração do procedimento licitatório como um procedimento "formal", a ensejar a todos quantos dele participem o "direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento" (art. 4º da Lei 8.666/93).

Assim, o artigo 43, inciso IV, da Lei 8.666/93 impõe a "verificação da conformidade de cada proposta... com os preços correntes no mercado... promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis".

No mesmo sentido, o parágrafo 3º, do artigo 44 do mesmo diploma, determina que "não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos".

Finalmente, o inciso II do artigo 48 da Lei de Licitações impõe a desclassificação das "propostas com preços inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado".

O preço do bem ou serviço constitui um dos elementos integrantes da proposta oferecida pelo licitante. Caso este preço seja incompatível com as condições de mercado, a proposta deverá ser desclassificada. Nesse sentido, CRETELLA JUNIOR (1993:248), afirma que os preços "fixados em menor valor do que os constantes no mercado" devem levar a Comissão de Licitações a desclassificar a proposta.

No mesmo diapasão manifesta-se CARLOS ARI SUNDFELD (1994:148), ao alertar que "mesmo no âmbito da licitação do tipo *menor preço* — onde, em princípio, o julgamento cinge-se exclusivamente à identificação da proposta de custo mais reduzido — nem sempre menor preço é sinônimo de melhor negócio".

Mais à frente, o mesmo autor (op. cit., p. 150) chega à seguinte conclusão: "*o menor preço é não o numericamente inferior, mas o que, sendo-o, ao mesmo tempo apresenta-se como justo, porque compatível com o do mercado, e exeqüível, por permitir a fiel e integral execução do objeto contratado*".

"A Comissão Julgadora — continua o citado autor (op. cit., p. 152) —, ao proferir sua decisão, não se limita a comparar entre si os valores ofertados pelos vários licitantes. Fica obrigada a, para aferir sua razoabilidade, cotejá-los com dados externos ao certame: os preços correntes".

Se o preço for "incompatível com os custos envolvidos da execução e o lucro usual, medidos por comparação com os de mercado", a proposta deverá ser considerada inexeqüível e, portanto, desclassificada (SUNDFELD, 1994:157).

A análise dos dispositivos legais acima transcritos e da opinião dos autores citados permite afirmar que a Lei de Licitações proíbe duas situações distintas de preço inferior ao que seria de se esperar das condições de mercado, cuja ocorrência impõe a desclassificação da proposta: uma é quando o preço oferecido pelo licitante é manifestamente baixo, acarretando a inexeqüibilidade fática da proposta, a partir da consideração das reais condições do licitante atender os termos do edital; a outra

é quando se está diante de um preço também desconforme com o mercado, a partir da consideração do valor dos insumos envolvidos na sua fixação, incluída a margem de lucro do proponente, mas que, atentando-se para as reais condições deste último, não acarreta necessariamente a inviabilidade fática da proposta.

Ressalte-se, por oportuno, que, se o licitante não demonstrou a compatibilidade de sua proposta com os preços de mercado quando da abertura da mesma, não poderá suprir tal omissão posteriormente, uma vez que existe regra vedando, após tal abertura, a inclusão de elementos que deveriam constar desde o início (art. 43, parágrafo 3º, da Lei 8.666/93).

Vale lembrar que o procedimento licitatório é dotado de mecanismos "destinados a corrigir os efeitos tanto da *concorrência imperfeita,* que leva à alta artificial de preços, aumentando os gastos da Administração, quanto do *excesso de concorrência,* que provoca a baixa excessiva — por isso, também artificial — colocando em risco a execução dos contratos ou estimulando a corrupção" (SUNDFELD, 1994:151). Essa baixa excessiva pode decorrer também do cometimento de uma infração à ordem econômica e ao princípio da livre concorrência.

Isso porque a busca do menor preço por parte da Administração se submete a limites fixados nos artigos 43, 44 e 48 da Lei nº 8.666/93, como a exigência de compatibilidade do preço ofertado com as condições de mercado. Não se pode pretender que o Poder Público ignore tal compatibilidade sem violar, por um lado, os princípios da legalidade e da moralidade insertos no artigo 37, *caput,* da Constituição, e por outro lado os princípios da livre concorrência e da repressão aos abusos do poder econômico, previstos nos artigos 170, inciso IV, e 173, parágrafo 4º, da Carta Magna, os quais se impõem tanto aos agentes econômicos quanto ao próprio Estado.

III — *A tutela da ordem econômica nas licitações*

Pode-se indagar se a proteção dos princípios que informam a ordem econômica brasileira não estaria restrita às instâncias especificamente previstas para tanto, no caso o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei nº 4.137/62 e profundamente reformulado pela Lei nº 8.884/94, que o transformou em autarquia, e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Isso porque o oferecimento de bem ou serviço abaixo de seu preço de custo ou com o intuito de prejudicar concorrentes, ainda que no âmbito de um procedimento licitatório, indicia a possível prática de alguma das infrações contra a ordem econômica, tipificadas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. De tais condutas, mencionem-se, exemplificadamente, as seguintes:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III — aumentar arbitrariamente lucros;

IV — exercer de forma abusiva posição dominante;

(.....
.....)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(.....
.....)

IV — limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V — criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(.....
.....)

VIII — combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

(.....
.....)

XXIV — impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

(.....
.....)"

Muito embora o cometimento de tais infrações[3] acarrete a sujeição das empresas envolvidas a sanções aplicadas pelo CADE, existindo inclusive tipificação legal de uma infração à ordem econômica praticada especificamente no âmbito de procedimentos licitatórios (artigo 21, inciso VIII, da Lei nº 8.884/94), não se pode pretender que a Comissão de Licitações ignore a circunstância de uma proposta apresentada veicular preço incompatível com o mercado. O artigo 43, inciso IV, da Lei 8.666/93 impõe a "verificação da conformidade de cada proposta... com os preços correntes no mercado... promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis".

Por conseqüência, à Administração em geral e às Comissões de Licitações em particular cabe velar pela compatibilidade das propostas com as condições de mercado, não podendo se impressionar pela simples oferta de menor preço, se este não reflete a realidade de mercado, o que impõe sua desclassificação. Nem se diga que haveria violação à regra que impõe a observância do critério do menor preço. A doutrina, com DIÓGENES GASPARINI (1993:375) e com MARIA SYLVIA ZA-

3 FÁBIO ULHÔA COELHO (Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 81) lembra que a enumeração do artigo 21 da Lei nº 8.884/94 "é mera exemplificação, de sorte que qualquer conduta empresarial capaz de produzir os efeitos mencionados no art. 20 dá ensejo à repressão administrativa. Se o preço é jogado para baixo com o propósito de eliminar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros, ou se produz esses efeitos, então se configura a conduta infracional, apesar de o elenco legal do art. 21 referir-se apenas ao preço abaixo do custo".

NELLA DI PIETRO (1996:263), e a jurisprudência (Tribunal Federal de Recursos, Mandado de Segurança nº 104.932, in RDA 161/226) admitem a preterição da proposta de menor preço desde que a decisão da Comissão de Licitações seja justificada.

Isso sem prejuízo de requerimento ao órgão competente de adoção das sanções administrativas ou penais que o caso exigir. Nesse sentido, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (1993:140) leciona que "serão igualmente desclassificadas as propostas com preços manifestamente inexeqüíveis ou com preços excessivos. Nesta hipótese, como dito anteriormente, deve a Administração investigar a ocorrência de alguma das figuras elencadas como crime de abuso de poder econômico".

Também essa é a opinião de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (1994:290), para quem "preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-se-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte".

Também o inolvidável HELY LOPES MEIRELLES (1984:58), aludindo ao administrativista argentino HECTOR MAIRAL, leciona que não podem ser aceitas propostas que indiciem "una maniobra de indole monopólica".

Tal conduta impacta o princípio da livre concorrência, encartado no artigo 170, inciso IV, da Constituição, de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais não podem tolerar manobras tendentes à eliminação da concorrência inclusive no âmbito das licitações.

Não deixa de ser problemática, porém, a prova da ocorrência de tais manobras. A Administração Pública deve providenciar a verificação da compatibilidade da proposta com o mercado, inclusive realizando diligências e pedindo esclarecimentos aos licitantes e a especialistas técnicos e utilizando como parâmetros os preços correntes praticados pelo mercado, os valores cobrados pelo licitante em outros contratos firmados com o órgão ou entidade licitante ou com outros órgãos ou entidades. Qualquer oferta de preço mais baixo que não seja razoavelmente explicada por aperfeiçoamentos técnicos ou gerenciais ou por redução da margem de lucro do concorrente, devida a conduta empresarial plenamente lícita, deverá ser desclassificada. Não se pode tolerar a oferta de preços que reduza a zero o lucro do licitante ou que não seja suficiente sequer para cobrir o custo dos insumos envolvidos na sua fixação. Tal aferição deve ter sempre presente que a ordem econômica fixada pela Constituição de 1988 consagra a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como valores a serem respeitados.

Tais valores, porém, devem ser sopesados[4] juntamente com o princípio da proteção contra abusos do poder econômico, inclusive nos procedimentos licitatórios.

4 GUSTAVO ZAGREBELSKY (Il Diritto Mite, Turim, Einaudi, 1992, p. 132 e ss.), após analisar a

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. Das Licitações Públicas, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 1996.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1993.

GRAU, Eros Roberto. Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. "Concorrência de Menor Preço — Oferta Grátis", in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 56/65.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e Contratos Administrativos, Rio de Janeiro, Esplanada/Adcoas, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. "Como Fazer Valer a Constituição", *in* Revista de Direito Administrativo nº 179/180, janeiro/junho de 1990, Rio de Janeiro, Ed. Renovar/Fundação Getúlio Vargas, p. 11/18.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Diritto Mite, Turim, Einaudi, 1992.

evolução do posicionamento do Estado frente à economia, passando de uma posição absenteísta não interventora a uma posição mais intervencionista, ressalta que as constituições do segundo pós-guerra trataram o econômico sob duas perspectivas: por um lado, reconhecendo os direitos de propriedade, de livre iniciativa e de liberdade contratual; de outro lado, pela afirmação de exigências de justiça, uma vez que a economia é incapaz de se auto-regular integralmente, devendo ser compatibilizada com outros valores não econômicos, como a proteção do meio ambiente, a proteção do trabalho frente aos avanços tecnológicos, a dignidade da pessoa humana e outros. A própria proteção à livre concorrência revela a necessidade de compatibilização do econômico com outros valores que não lhe são intrínsecos, uma vez que a competição econômica levada ao paroxismo acabaria por destruir os próprios competidores e a própria competição em si mesma, levando ao monopólio ou ao oligopólio.