

# Críticas à Função Regulatória da Licitação: conhecendo limites para uma aplicação informada

Pedro Henrique Christofaro Lopes\*

*Introdução. 1 O Estado regulador e a função regulatória. 2 Função regulatória da licitação. 3 Uma crítica. 4 Estudo crítico de caso. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O presente trabalho faz uma análise crítica da função regulatória da licitação. Objetiva-se realizar um estudo, primeiramente conceitual, sobre o que seria a função regulatória da licitação e quais os fundamentos pelos quais ela é defendida por parte considerável da doutrina administrativista do Brasil. Assentadas as premissas teóricas da função regulatória da licitação, busca-se analisar seus argumentos de forma crítica, com o fito de entender porque ela não corresponderá necessariamente às expectativas nela depositadas pelos juristas do Direito Administrativo. Utiliza-se como método de pesquisa o qualitativo, por meio de pesquisa bibliográfica e raciocínio indutivo, para, a partir da análise de casos, chegar a conclusões mais gerais sobre o objeto de estudo. Ao final, conclui-se pela necessidade de uma aplicação mais criteriosa da função regulatória da licitação, a qual não é, a priori, juridicamente inválida ou ilegítima, mas sua legitimidade depende da tomada de decisão pela Administração Pública ser adequadamente informada, conhecendo os reais limites e as possibilidades do instituto diante do caso concreto.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Regulação econômica. Licitação pública. Função regulatória da licitação. Falha regulatória.

---

\* Bacharel em Direito Pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UER); bacharel em História pela Universidade Federal Fluminense (UFF); pós-graduado em Direito Público pela UCAM; mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas, Direito-Rio; assistente de Pesquisa na FGV Direito-Rio; Advogado.

## *Critics to the Public Procurement's Regulatory Function: knowing boundaries to an informed application*

### *Abstract*

*This paper performs a critical analysis of the public procurement's regulatory function. The objective is to conduct a study, primarily conceptual, on what would be the public procurement's regulatory function and what are the grounds on which it is defended by a considerable part of the Brazilian Administrative Law doctrine. Based on the theoretical premises of the public procurement's regulatory function, we seek to analyze its premises critically, in order to understand why it will not necessarily meet the expectations placed on it by the jurists of Administrative Law. The research method used is qualitative, through bibliographic research and inductive reasoning, in order to reach more general conclusions about the object of the study from the analysis of cases. In the end, it was concluded the need of a more careful application of the public procurement's regulatory function, which is not, a priori, legally invalid or illegitimate, but such legitimacy depends on the decision making procedure by the Public Administration being adequately informed, knowing the real limits and possibilities of the institute in each case.*

**Keywords:** *Administrative law. Economic regulation. Public procurement. Public procurement regulatory function. Regulatory fail.*

### **Introdução**

A atividade regulatória estatal pode tomar diversas formas e se dirigir a múltiplos objetivos. Tal é a maleabilidade de meios e fins da regulação, que institutos clássicos do Direito Administrativo podem ser repensados para, além da sua função ordinária e tradicional, servirem como instrumentos de concretização de novas finalidades.

Assim ocorre com a licitação pública. Originariamente, o instituto se presta a ser um meio para a obtenção de bens e serviços pelo Estado, de forma a garantir, especialmente, a aquisição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, bem como a lisura e a impessoalidade da escolha dos parceiros contratuais do poder público.

Todavia, a literatura especializada começou a perceber que a contratação pública poderia ser utilizada, também, para promoção de outros fins juridicamente (constitucionalmente) tutelados. Assim, além de se prestar a sua função tradicional de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação poderia ser vista, ainda, a partir de uma função regulatória.

A novidade foi bem recebida pela doutrina, e logo começou a se espalhar pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma que algumas reformas na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, por exemplo: Lei 12.349 de 15 de dezembro de 2010; Lei Complementar 147 de 7 de agosto de 2014; Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, foram realizadas justamente para incorporar às licitações novas finalidades. Uma dessas, especialmente, é a de induzir comportamentos socialmente desejáveis nos possíveis parceiros contratuais do poder público.

Contudo, começam a surgir críticas à utilização pouco criteriosa desse novo propósito do poder de compra estatal. Por um lado, afirma-se que a ampliação de exigências no processo licitatório

umenta ainda mais a formalidade e os custos do processo, reduzindo a potencialidade de se atingir o objetivo da função original da licitação (VERAS, 2018). Por outro, não se pode encarar a licitação como o instrumento apto a resolver todas as demandas sociais, de forma que o escopo de sua função regulatória seria, na verdade, bem mais limitado (NIEBUHR, 2016).

Com isso em mente, no presente trabalho discutiremos os problemas que o uso pouco criterioso da função regulatória da licitação pode trazer, tanto para a obtenção da melhor proposta no certame quanto pelo mau uso da função regulatória em si. Isto porque a inclusão de uma proposta regulatória muito ambiciosa pode acabar encarecendo ainda mais as aquisições estatais como, também, é capaz de não atender aos fins regulatórios aos quais se propõe, criando falhas de governo.

Para tanto, dividimos nosso trabalho em quatro seções. No tópico inicial, explicaremos brevemente qual o sentido que empregamos para *função regulatória*. Na seção seguinte, conceituaremos a função regulatória da licitação, explicando seus fundamentos jurídicos e suas justificativas práticas. Em seguida, faremos uma crítica ao uso da licitação com um viés regulatório, indicando possíveis problemas que a prática pode ensejar. Para dar concretude a nossa crítica teórica, apresentaremos um estudo de caso do uso da função regulatória, com especial foco no viés econômico da licitação. Ao final, apresentaremos uma síntese conclusiva fazendo um balanço das ideias apresentadas.

## 1 O Estado regulador e a função regulatória

Preliminarmente, como a ideia de função regulatória é fundamental para a compreensão do tema, cabe o esclarecimento teórico a respeito do conceito de regulação adotado no presente trabalho. Neste contexto, decidimos adotar a definição de Alexandre dos Santos Aragão (2002, p. 40):

o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.

Trata-se de uma ideia ampla de regulação, englobando medidas legislativas e administrativas, a qual abraça normas coercitivas e indutivas, voltadas à consecução de interesses sociais definidos pelo ordenamento jurídico.

Ademais, a adoção de tal noção abrangente de regulação permite o estudo de diversas técnicas, legislativas e administrativas, de conformação e indução de comportamentos privados, e inclusive a utilização da licitação pública com tal finalidade.

## 2 Função regulatória da licitação

Como dissemos em nossa introdução, originalmente, o processo licitatório se presta à obtenção, pela Administração, de bens e serviços no mercado para a consecução de suas atividades-fim, ou seja, a realização de políticas públicas e prestação de serviços públicos.<sup>1</sup>

---

1 Nesse sentido, afirma Flávio Amaral Garcia: "A licitação consiste no processo administrativo que antecede um contrato administrativo e que tem

Nesse caso, a licitação pode ser considerada uma atividade instrumental do Estado, que a usa como um meio para obter a proposta mais vantajosa de aquisição dos recursos necessários para realizar suas atividades finalísticas.<sup>2</sup>

Porém, modernamente, ao perceber o potencial da capacidade de compra do Estado em movimentar a economia,<sup>3</sup> a literatura administrativista passou a defender que tal poder de compra fosse utilizado, também, para a consecução de outras finalidades econômicas e constitucionais.<sup>4</sup>

Com isso, embora a premissa da vantajosidade econômica ainda seja válida,

a concepção de proposta mais vantajosa pode comportar a incorporação de outros valores que não apenas o aspecto estritamente econômico. A contratação pública, seja pela via da licitação ou mesmo da contratação direta, passa a veicular uma dimensão axiológica mais ampla. Essa reformulação na visão tradicional do instituto das licitações e contratações administrativas deve-se à percepção do Estado de que seu poder de compra tem enorme influência e impacto no comportamento dos mercados.

Portanto, a premissa é utilizar a contratação pública não apenas para adquirir bens e serviços a menor custo, mas para servir de instrumento para o atendimento de outras finalidades públicas definidas no ordenamento jurídico constitucional (GARCIA, 2016, p. 93).

O objetivo, portanto, é utilizar da necessidade da Administração de adquirir bens e serviços e, simultaneamente, promover alguma outra finalidade constitucional relevante ou, ainda, realizar regulação de mercado, promovendo a concorrência em determinado setor, para além daquele certame específico (GARCIA, 2016, p. 65).<sup>5</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, explicitamente, admite a função regulatória da licitação e, em algumas circunstâncias, o órgão ou entidade licitante é obrigado a seguir normas com claro objetivo secundário.<sup>6</sup>

Podemos citar como exemplos a sustentabilidade, conforme tendência mundial (BOVIS, 2012), presente no art. 3º da Lei 8.666/93, a partir da inclusão, em 2010, do *Desenvolvimento Sustentável*, como um princípio licitatório. Ademais, há o tratamento diferenciado, nos termos da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, em favor de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (ME/EPP), inclusive a partir de licitações exclusivas. Previsão de hipóteses de dispensa de licitação em casos como a contratação de instituição de ensino dedicada à recuperação social do preso, contratação de associação de portadoras de deficiência física, entre outros.<sup>7</sup>

---

por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa, oferecendo igualdade de condições entre aqueles que se encontram na mesma posição." (GARCIA, 2016, p. 53).

- 2 Sobre a instrumentalidade da licitação: "Trata-se de processo de natureza instrumental e que visa a instaurar uma disputa justa entre os potenciais interessados com vistas a viabilizar a contratação mais eficiente e que revele a melhor relação custo-benefício. Proposta mais vantajosa ou, mesmo melhor relação custo-benefício não necessariamente se vinculam a interesses econômicos ou financeiros, podendo, modernamente, alcançar outros valores, especialmente aqueles com status constitucional." (GARCIA, 2016, p. 53).
- 3 No Brasil, o investimento do setor público equivaleu a 11,39% de todo o PIB (em 2017). Organization for Economic Cooperation and Development Investment by sector (indicator), <https://doi.org/10.1787/abd72f11-en> (Acesso em: 9 jun. 2020).
- 4 Exemplificativamente: "Contudo, considerando que as aquisições e contratações governamentais representam expressivo volume econômico, 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 constitucionais." (CARVALHO, 2017, p. 66).
- 5 Na realidade, qualquer tipo de atividade regulatória pode ter por objetivo tanto a resolução de falhas de mercado (Market failures rationales) quanto a promoção de direitos (rights-based and social rationales for regulation) (BALDWIN, CAVE, LODGE, 2012, pp. 15-24).
- 6 Quanto à terminologia, por vezes, a função regulatória é chamada de extraeconômica, política horizontal, secundária ou colateral. Todas as expressões têm o objetivo de destacar a diferença com a função primária, original da licitação (CARVALHO, 2017, pp. 66-67).
- 7 Para uma lista mais completa e explicada de exemplos, veja Fabre (2014, pp. 99-156).

Então, seja como forma de controle de falhas de mercados seja como mecanismo de promoção de políticas públicas, a adoção da função regulatória da licitação é um fato na teoria e na prática das compras públicas nacionais.

### 3 Uma crítica

Boa parte da literatura especializada fala com otimismo da busca da concretização de objetivos secundários a partir da licitação. Todavia, se por um lado, de fato, há muito o que possa ser feito pelo Estado a partir do uso do seu poder de compra, não se trata de considerar essa a grande panaceia para todas as políticas públicas e falhas de mercado.

O grande pressuposto da função regulatória da licitação é que ela funciona como um grande sistema de incentivos para os agentes econômicos tomarem medidas desejadas pelo poder público. Dessa forma, pode ser considerada uma regulação por incentivos (BALDWIN, CAVE, LODGE, 2012, p.111).

Como qualquer estratégia regulatória, os incentivos possuem qualidades e desvantagens (BALDWIN, CAVE, LODGE, 2012, p.112). Como elemento positivo, a teoria do direito regulatório costuma apontar o fato dos particulares ficarem livres para decidirem a forma pela qual irão se adequar à política pública proposta. Por exemplo, como irão empregar deficientes físicos, no caso de licitações em que devam contar com uma cota de portadores de deficiência em seus quadros. Na verdade, se quiser, uma empresa pode simplesmente não contratar nenhum portador de deficiência, porém não contará com alguns benefícios do estatuto licitatório.

Todavia, algumas críticas podem ser feitas à utilização de tais medidas. Joel de Menezes Niebhur aponta três críticas aplicadas ao contexto licitatório.

A primeira delas é que a finalidade principal da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, objetivo que não pode ser completamente posto de lado. Embora seja legítimo o atendimento de outras finalidades a partir do certame, o custo indireto gerado, impactando as propostas, poderá ser tão elevado que, ao fim e ao cabo, não compensa a utilização da licitação para aquele propósito (NIEBUHR, 2016; BALDWIN, CAVE, LODGE, 2012, p.112).

A segunda ressalva se relaciona com o aumento da complexidade dos procedimentos licitatórios a partir da inclusão de novas exigências. Nas palavras do autor:

a licitação brasileira é procedimento já por demais complicado. Os editais de licitação desenham verdadeira gincana de documentos, contendo exigências e exigências, muitas delas meramente formais e burocráticas, totalmente dispensáveis. A eficiência em licitação será encontrada na medida em que ela tornar-se mais simples, mais focada no propósito de selecionar a proposta mais vantajosa. (...) Enfim, a simplificação da licitação é a melhor medida para promover o desenvolvimento nacional sustentável, sob todos os seus aspectos (NIEBUHR, 2016).

Dessa maneira, se nem a função primária da licitação é atendida, isto é, se a Administração, com frequência, sequer consegue propostas efetivamente vantajosas em seus processos seletivos de contratantes, tampouco conseguirá bem realizar funções secundárias.

Nosso sistema atual de licitações, por si, é um grande gerador de custos de transação,<sup>8</sup> não apenas os interessados devem produzir uma quantidade absurda de documentos, deslocando

---

<sup>8</sup> Esses custos “podem ser definidos como os custos para estabelecer, manter e utilizar os direitos de propriedade, ou seja, para transacionar; por

recursos financeiros e humanos, como o órgão ou entidade licitante acaba perdendo muito tempo fiscalizando a documentação e o comportamento dos particulares.<sup>9</sup> Com isso, a criação de normas para efetivar a função horizontal complexifica ainda mais o processo, pois não mais há apenas a definição procedimental (como comprar), mas também elementos materiais e técnicos envolvidos (o que comprar e, até mesmo, de quem comprar) (ZAGO, 2017, p. 314).

Por fim, há a dificuldade inerente de se definir quais políticas realmente podem ser promovidas, de forma eficaz, a partir da utilização de certames licitatórios. Não se trata de escolher ao acaso políticas públicas e encontrar uma forma de encaixá-las na licitação. Nesse sentido, Joel de Menezes Niebhur (2016) questiona:

Como deve ser realizada essa seleção? Não é pela importância da política pública, porque isto é bastante relativo. Quem irá dizer que proteger as crianças é mais importante que proteger os idosos? Talvez o melhor critério fosse o da eficácia. Dever-se-ia estabelecer um número máximo de políticas públicas a serem contempladas em licitação, analisar todas as existentes e selecionar aquelas cujas exigências e condicionantes previstas em licitações seriam mais eficazes, contribuiriam em maior medida para os objetivos pretendidos com as tais políticas públicas. Isto nunca foi realizado. Hoje, as políticas públicas contempladas em licitação o são pelo acaso, porque alguém teve a ideia, a vontade e a força para que o Congresso aprovasse. Puro casuísmo político, sem estudo minimamente confiável e planejamento.

Ou seja, não parece haver um critério adequado para delimitar quais políticas públicas podem ou não ser fomentadas a partir das compras públicas.<sup>10</sup>

Em sentido semelhante, Marina Zago (2017, p. 263) aponta, ainda, a criação de tensões ao se incluir o que chama de função derivada da contratação pública. Isto porque a função primária é baseada na racionalidade econômica de eficiência alocativa, enquanto na função derivada há a prevalência da racionalidade política, isto é, a efetivação de um custo social.

Na realidade, podemos cair, em alguns casos, em uma situação na qual o custo de oportunidade é maior que o efetivo benefício pela utilização da função regulatória. Isto é, os recursos direcionados para cumprir os objetivos secundários poderiam ser poupados se o foco da licitação fosse econômico e, então, ser utilizados em uma política pública verdadeiramente eficiente para atender o objetivo secundário proposto.

Há, finalmente, o risco das chamadas “falhas de governo”. Elas ocorrem quando o Estado, ao intervir no domínio econômico, a partir de uma política regulatória, acaba criando outros efeitos perniciosos. Elas podem ocorrer de forma acidental, sem que os agentes estatais tenham agido de forma insuspeita, ou podem ser provocados, quando grupos de interesse fazem pressões sobre os agentes decisores e conseguem algum benefício legal, porém não legítimo nem economicamente eficiente (TULLOCK, SELDON, BRADY, 2005, pp. ix-xii).

---

exemplo, custos de redação dos contratos, de monitoramento e imposição de contratos, de acesso à informação, etc...” (KLEIN, 2016, pp. 67-68).

<sup>9</sup> Embora, com frequência, apenas os documentos dos licitantes vencedores sejam analisados. Porém, ainda assim, como o procedimento do estatuto licitatório possui diversos recursos dos concorrentes perdedores, esse fator também deve ser considerado para a produção de custos de transação.

<sup>10</sup> A título de exemplo, a inclusão de benefícios para agentes que contam com deficientes físicos em seus quadros tinha por objetivo integrar mais esse grupo no mercado de trabalho, porém, a mera contratação de portadores de deficiência, de forma meramente formal, como parece que tem acontecido, não atende à finalidade da política integradora. Vide: CANDIDO, Marcos. 88% dos RHs veem pessoas com deficiência como “cota”, diz pesquisa. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/01/15/deficientes-ainda-so-sao-contratados-por-cotas-diz-empresaria-cadeirante.htm>. Acesso em: 5 jan. 2019.

Em nosso caso, a falha de governo mais preocupante é o *rent seeking*, o qual se caracteriza pelo uso do Estado com o objetivo de obter rendas (*rents*) para pessoas para as quais o lucro é oriundo de uma atividade com valor social negativo (TULLOCK, SELDON, BRADY, 2005, p. 43). Exposto de outra forma, a expressão pode ser entendida como a obtenção de lucros, apesar de legais, de efeitos perniciosos para a sociedade como um todo.

Um exemplo clássico de *rent seeking* capaz de facilitar a compreensão é o uso de tarifas alfandegárias para proteger empreendedores ineficientes. Nesse caso, no lugar de melhorar seu processo produtivo para competir com agentes internacionais, o privado busca, a partir de uma ação estatal juridicamente legítima, se proteger da concorrência, causando prejuízos para os consumidores, que não terão acesso aos produtos estrangeiros potencialmente melhores e mais baratos.

O *rent seeking* pode ocorrer de duas maneiras diferentes. A mais aberta, por meio de transferências diretas, quando um grupo recebe benefícios financeiros do erário público, ou de firma menos ostensiva, mediante um regime regulatório mais favorável a determinado grupo de agentes econômicos.

No caso da função regulatória da licitação, um grupo de interesse pode pressionar para obter um regime mais favorável, seja a partir da produção de normas pelo legislativo seja de previsões dos editais pelo executivo. Assim, há dois espaços nos quais os lobistas podem atuar para conseguir vantagens competitivas, e igualmente rendas, injustas.

Em suma, não se trata de condenar a licitação a servir, apenas e tão somente, à obtenção da melhor proposta do ponto de vista financeiro para a Administração. Todavia, é importante ter em mente que a utilização pouco criteriosa da função regulatória da licitação “ao invés de corrigir uma falha de mercado, criará uma falha de governo (ou falha regulatória)” (VERAS, 2018).

#### 4 Estudo crítico de caso

Para dar mais concretude à crítica elaborada acima, faremos um breve estudo do caso da Concessão dos Aeroportos Internacionais do Rio de Janeiro (Galeão – Antônio Carlos Jobim) e de Belo Horizonte (Confins – Tancredo Neves).

Justifica-se essa escolha porque são dois casos de grandes leilões para concessão de infraestrutura. Ademais, em ambos os casos havia preocupações regulatórias, especialmente de fomento da atividade aeroportuária, a partir da concorrência e, no caso especial de Confins, encontramos, ainda, o objetivo de promover o desenvolvimento de uma área periférica da Região Metropolitana de Belo Horizonte. Além disso, a intensa participação do Tribunal de Contas da União surge como mais um elemento que destaca a relevância do caso.

No caso em tela, o Governo Federal objetivava, conforme afirmado pela Secretaria de Aviação Civil (SAC):

fomentar a competição para melhorar a infraestrutura aeroportuária do Brasil, decretando-se fim aos monopólios, sejam estes públicos ou privados, a fim de que os passageiros e demais usuários do sistema possam ter acesso a um sistema de serviços condizente aos prestados nos melhores aeroportos do mundo (ACOCCELLA; RANGEL, 2013, p. 292).

Com isso, o procedimento de escolha do concessionário foi desenhado para fomentar a concorrência no mercado de serviços aeroportuários. Para tanto, em audiências públicas foram

ventiladas quatro condições peculiares para os licitantes: a primeira delas foi a vedação de participação imposta aos acionistas de outras concessionárias de serviços aeroportuários no Brasil; vedação que o mesmo grupo arrematasse os dois aeroportos, previsão de experiência prévia em processamento mínimo de 35 milhões de passageiros por ano, e; participação mínima de 25% do operador aeroportuário no consórcio privado (ACOCELLA; RANGEL, 2013, pp. 293).

Não obstante, parte da sociedade e estudiosos do tema demonstraram preocupações em relação a tais previsões, pois

[...] a função regulatória da licitação, com vistas a fomentar o mercado de infraestrutura aeroportuária do país – objetivo este, em tese, tão almejado pelo governo brasileiro –, poderia, na realidade, estar prejudicando as empresas nacionais, por não favorecer o surgimento e a consolidação de um mercado interno consistente (ACOCELLA, RANGEL, 2013, pp. 293).

Dessa maneira, as previsões pensadas para fomentar a competição poderiam, na verdade, se prestar a desequilibrar ainda mais o setor e enfraquecer o mercado interno. Por conta de tais preocupações, o Tribunal de Contas da União (TCU) foi instado a se manifestar.

Em relação à cláusula de percentual mínimo de 25%, o TCU admitiu sua previsão após a apresentação de justificativa, pelo Conselho Nacional de Desestatização (CND). Para o órgão em questão, tal previsão buscava “garantir maior comprometimento da atuação da empresa responsável pela operação do aeroporto concedido com os resultados econômico-financeiros da concessionária” (ACOCELLA, RANGEL, 2013, p. 294) e, com isso, esperava-se alinhar as atividades gerenciais e operacionais do aeroporto.

Já em relação à previsão de comprovação de experiência prévia dos licitantes (processamento de aeroportos com movimentação de, pelo menos, 35 milhões de passageiros em um dos últimos cinco anos), o argumento do poder concedente, já depois da publicação do Acórdão 2.466/2013 do TCU, era de que a exigência tinha o objetivo de garantir a boa operação de infraestruturas complexas (ACOCELLA, RANGEL, 2013, p. 295). A Corte de Contas, porém, não concordou com os argumentos do governo federal, e “concluiu que os argumentos apresentados pelo governo federal continuavam frágeis e inaptos a demonstrar que o nível e exigência em questão seria adequado se potencialmente restringir, de forma indevida, a participação no certame” (ACOCELLA, RANGEL, 2013, pp. 295-296).

Já em relação às cláusulas de limitação (tanto a de arrematação pelo mesmo grupo dos dois aeroportos, quanto a vedação a que os acionistas de atuais concessionários arrematassem), o objetivo, igualmente, era tornar o mercado aeroportuário mais competitivo, especialmente do tráfego de conexão.<sup>11</sup>

Os críticos à medida alegaram que ela, por sua generalidade, acabou atingindo indiscriminadamente acionistas de concessões grandes e pequenas, o que acabaria prejudicando a concorrência. Ademais, não foram apresentados, inicialmente, estudos técnicos demonstrando os benefícios da medida (ACOCELLA, RANGEL, 2013, pp. 298).

Apenas após a provocação do TCU, o Departamento de Regulação e Concorrência da Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil (DERC/SAC) apresentou estudo técnico. Nesse sentido:

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: “Na prática, a cláusula de limitação significava que o vencedor de um dos dois aeroportos não poderia consagrar-se vencedor do outro e que os Concessionários dos Aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos, objeto da primeira rodada de concessão, não poderiam participar do processo de concessão dos aeroportos de Confins e do Galeão.” (RESENDE, FONSECA, CALDEIRA, 2016, p. 33).



O estudo DERC (2013) foi realizado por provocação do Tribunal de Contas da União – TCU, que, no Acórdão Nº 2.466/2013-TCU – Plenário, condicionou a publicação do Edital de Concessão à ‘inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (...) da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária’.

Como lidava com um passado recente no qual esses aeroportos eram todos operados pela mesma empresa (Infraero), o estudo se propôs a analisar não a existência de competição, mas possibilidade de surgimento de competição entre os cinco aeroportos, caso fossem operados por empresas distintas. O estudo concluiu pela ‘*evidente existência de potencial de competição entre eles, principalmente no que tange aos tráfegos de conexão (doméstico e internacional) e de carga (doméstica e internacional)*’. Além disso, o estudo levou em consideração argumentos relacionados à importância do *benchmarking* entre diferentes empresas para a construção de um modelo regulatório eficiente, particularmente em uma regulação *price cap*. (RESENDE, FONSECA, CALDEIRA, 2016, p. 33, grifos do autor).

Adicionalmente a essa regulação econômica, no caso do Aeroporto Tancredo Neves havia o propósito de fomentar o desenvolvimento do município de Confins. O objetivo era instalar a infraestrutura aeroportuária na zona periférica da região metropolitana de Belo Horizonte para ampliar a rede de serviços e a infraestrutura de uma periferia, gerando empregos e melhorando a qualidade de vida dos moradores (geração de externalidades positivas).

Todavia, ainda não é possível visualizar as externalidades positivas propostas, o que pode ser tanto pelo pouco tempo da concessão, quanto pelo fato de que os consumidores acabam não ficando no município, dirigindo-se apenas para Belo Horizonte. Dessa maneira, os consumidores nem trazem muito movimento para o município e ainda são obrigados a se deslocar aproximadamente 40km para ir do centro de Belo Horizonte até o aeroporto.

Recentemente, por conta de todas essas dificuldades de locomoção, aventou-se a reabertura do aeroporto da Pampulha (Carlos Drummond de Andrade) para voos regulares domésticos, sem restrições (Portaria MTPA 911, de 24/10/2017 do então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil – MTPA), o que gerou uma grande controvérsia regulatória e, conseqüentemente, custos, envolvendo a ANAC, Ministério dos Transportes, Portos e Aeroportos, BH Airport (concessionária de Confins) e o Tribunal de Contas da União.

A partir da análise desse caso, podemos ver que a função regulatória da licitação, embora possa, de fato, ser útil para resolver falhas de mercado, promover competição e servir como instrumento para políticas públicas, ainda não foi adequadamente aplicada pela Administração Pública. Isto porque, como vimos no caso acima, o desenho do certame licitatório foi alvo de diversas críticas e acabou sendo alvo de recomendações pelo Tribunal de Contas da União, o qual determinou a realização da apresentação de estudos técnicos capazes de comprovar a efetividade das medidas propostas.

Tal fato evidencia a falta de hábito de laboração de estudos técnicos prévios, os quais são fundamentais para o funcionamento adequado da função regulatória da licitação, bem como gerou mais custos de transação (que acabam precificados nas propostas), em especial pela insegurança jurídica, nos contratos. Nesse ponto, concordamos com Rafael Vêras que sintetiza sua crítica da seguinte maneira:

Mais que isso, tais previsões editalícias aumentaram os custos de transação, *ex ante*, desses contratos, já que os agentes econômicos que participaram desses certames tiveram de ‘precificar’ os custos jurídicos para dar conta das controvérsias que envolveram tais restrições. Afinal, como é de trivial sabença, riscos são monetizáveis e provisionados. Há um custo para a insegurança jurídica. De fato, a função regulatória da licitação traz um custo adicional para os projetos de infraestrutura, que não vem sendo considerado. Primeiro, por que tais previsões podem, ao reduzir o número de participantes de leilões, ter um viés de redução do *value for Money*, que exsurgiria da livre interação concorrencial entre os agentes de mercado. Segundo, por que os custos dos procedimentos para a adoção desses objetivos secundários pode repercutir nos preços praticados pelos licitantes e, na ponta, na tarifa paga pelos usuários dos serviços que serão concedidos. E, terceiro porque, na execução desses ajustes, os custos do monitoramento de tais objetivos secundários podem aumentar, significativamente, os custos para o Poder Concedente. (VERAS, 2018, grifos do autor).

Em síntese, a escolha pelo uso do poder de compra estatal com objetivos regulatórios deve ser criteriosa, fundamentada e baseada em argumentos técnicos, do contrário teremos uma licitação que não apenas não consegue cumprir os objetivos secundários que promete, como também é incapaz de obter uma proposta financeiramente vantajosa para a Administração.

## Conclusão

Em suma, procuramos no presente trabalho defender não o abandono de qualquer pretensão de utilização da função regulatória da licitação, mas calibrar as expectativas sobre o seu potencial, bem como apresentar críticas demonstrando a não trivialidade de sua aplicação.

Reconhecemos que há casos cujo sucesso da função secundária é perceptível, como na promoção de ME/EPP, pois aproximadamente 70% dos contratos do governo federal são celebrados com este tipo de agente econômico. Dessa maneira, o importante é salientar a existência de um *trade-off*. Quer sejam objetivos tão somente econômicos, de natureza social ou ainda mistos, “*sempre haverá uma decisão política a ser tomada, típica de alocação de recursos públicos* (ZAGO, 2017, p. 266, grifos da autora). Dessa maneira, não é possível afirmar, aprioristicamente, a invalidade ou ilegitimidade do uso da função regulatória da licitação.

Assim, para que a decisão de utilizar ou não a licitação para finalidades secundárias seja legítima, ela deve ser informada, mas para isso é importante saber as limitações do próprio instrumento, pois assim é possível realizar de forma clara e concreta a análise de seu custo-benefício. Dessa forma, reiteramos que o propósito de nossas críticas é estabelecer um caminho para o aprimoramento da função horizontal das licitações, e não negar sua utilidade.

No momento atual do Direito Administrativo, com a emergência de preocupações com consequências econômicas e sociais dos atos do Poder Público, conhecer as potencialidades e as limitações dos instrumentos à disposição do Estado é essencial para a boa governança administrativa. Tal premissa, naturalmente, vale para o sistema de compras públicas, tanto em sua função original quanto na regulatória.

## Referências

- ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. **Revista do BNDDES**, 40, dezembro de 2013, Pp. 269-312.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2002.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**. Theory, Strategy, and Practice. 2a ed. Oxford. Oxford University Press, 2012.
- BOVIS, Christopher H. Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review**, vol. 7, no. 4, 2012, pp. 221-227.
- CANDIDO, Marcos. **88% dos RHs veem pessoas com deficiência como “cota”, diz pesquisa**. S.n.t. Disponível em: <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/01/15/deficientes-ainda-so-sao-contratados-por-cotas-diz-empresaria-cadeirante.htm>. Acesso em: 5 jan. 2019.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. **Fórum de contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017.
- FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. **Função Horizontal da Licitação e da Contratação Administrativa**. Tese apresentada à banca examinadora do programa de pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Professora Titular Odete Medauar. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, São Paulo – SP, 2014.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. Casos e polêmicas. 4ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2016.
- KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: Marcia Clara Pereira Ribeiro e Vinicius Klein (coord.) **O que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. 2ª edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016, p. 67-73.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Crítica à Utilização das Licitações Públicas como Instrumentos de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Ano 2016, n.º 243. (não paginado) Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/critica-a-utilizacao-das-licitacoes-publicas-como-instrumento-de-politicas-publicas>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- Organization for Economic Cooperation and Development OECD (2019), **Investment by sector (indicator)**, <https://doi.org/10.1787/abd72f11-en>. Acesso em: 9 jun. 2020.
- RESENDE, Caio Cordeiro de; FONSECA, Ricardo Sampaio da Silva; CALDEIRA, Thiago Costa Monteiro. Aeroportos competem? Revisão da Literatura e Opções Regulatórias Brasileiras. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 4, n.º 2. Novembro de 2016. Pp. 5-44.
- SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur, BRADY, Gordon L. **Government Failure: a primer in public choice**. Catho Institute. Washington, DC. 2005.

VERAS, Rafael. A Função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Ano 2018, n.º 386. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/a-funcao-regulatoria-das-licitacoes-em-projetos-de-infraestrutura-quanto-custa>. Acesso em: 7 jan. 2019.

ZAGO, Marina Fontão. **O Poder de Compra Estatal para a Implementação de Políticas Públicas: O Uso Derivado da Contratação Pública**. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo-SP. 2017.