Inexigibilidade de licitação decorrente do Direito Regulatório

A regulação de mercado pode levar à inviabilidade de competição e à consequente inexigibilidade de licitação?

n, mas a depender do caso concreto.

Pode-se imaginar a contratação pública para aquisição de *scanner* corporal (*body scanner*) para um presídio, sendo aquele equipamento distinto do Raio-x e baseado em ondas de radiofrequência refletidas no corpo da pessoa, formando a imagem em 3D, com transparência e eficiência maiores que a de um Raio-x.

Se no mundo inteiro existirem, hipoteticamente, quatro fabricantes desse tipo de produto, mas apenas um dos produtos tiver aprovação pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e processos desse tipo demandarem meses, outros produtos não aprovados pela CNEN podem entrar no país e ofertados em pregão eletrônico, com condições incertas, supondo que irão conseguir posterior aprovação para importação?

A resposta será *não*, pois não há permissão para competição incluindo produtos "não legalizados".

Em face do princípio da legalidade, do artigo 37 da Constituição Federal, não se pode admitir oferta de produtos que dependam de eventual e incerta aprovação por autoridade regulatória brasileira, que também será anuente no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), no controle sobre a nacionalização do produto, dentro de sua área de regulação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aliás, no licenciamento de importação, o artigo 550, §1º, do Decreto nº 6.759/2009, que dispõe sobre o regulamento aduaneiro, prevê que a manifestação de outros órgãos, a cujo controle a mercadoria importada estiver sujeita, também ocorrerá por meio do Siscomex.

Isso já leva à conclusão de que pode haver inviabilidade de competição por fator regulatório.

Agora se pode imaginar a contratação pública em setor de inteligência militar para aquisição de equipamentos de telecomunicação com determinadas características de criptografia que no Brasil haja apenas modelos em testes, não homologados, enquanto no exterior existam outros fabricantes, mas apenas um deles com homologação pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Será possível licitar tal objeto, permitindo concorrentes com produtos sobre os quais não se conheça eventuais interferências em faixas de radiofrequências que no Brasil são reguladas e fiscalizadas pela Anatel?

A resposta é que não haverá viabilidade de competição para licitação, pois o processo de homologação dos produtos brasileiros ainda não estará concluído na Anatel e entre os concorrentes estrangeiros apenas um deles obteve homologação de seu produto, ou seja, aprovação para entrar no Brasil.

Esse é mais um caso de inviabilidade de competição em razão de regulação.

Por fim, pode-se considerar a aquisição de um tipo de colete que tem função diferente daquela de um marcapasso, mas que em situação de infarto do paciente dispara descargas elétricas de modo a preservar sua vida, mas tal tipo de produto tem apenas um registrado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Esse outro caso exemplificaria situação de viabilidade de licitar?

A resposta será *não*, pois não se pode imaginar uma licitação que implique em infração sanitária, conduta que seria enquadrada em dispositivos da Lei nº 6.360/76 e da Lei nº 6.437/77, relativas à fiscalização sanitária, que tem como agência competente a Anvisa, nos termos da Lei nº 9.782/99.

Os casos mencionados possuem uma situação em comum: se a demanda da Administração Pública tem urgência e data definida, mas ainda não há aprovação por ente regulatório da área específica, os produtos não aprovados para o Brasil ainda não podem ser expostos à venda, ofertados, vendidos, importados ou distribuídos no país, ou seja, não podem estar em licitações, inclusive porque se teria incompatibilidade com princípios como os da igualdade de tratamento entre licitantes, com ofertas de um produto legalizado e todos os demais não legalizados.

Ademais, como a Administração Pública somente pode aceitar oferta de produto regularizado e não pode depender de condições futuras e incertas de avaliação técnica para eventual aprovação, que depende de processo administrativo-regulatório, isso quebraria totalmente a segurança jurídica de eventual contrato, ou seja, são situações a serem avaliadas para a tomada de decisão de licitar ou não licitar.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O certo é que existem muitos casos de inviabilidade de licitação por fatores regulatórios, sendo importante lembrar que no Brasil existem quase duas dezenas de anuentes, incluindo o Comando do Exército, o Departamento de Polícia Federal, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e tantos outros que se manifestam com aprovação de cada processo de importação no Siscomex.

Do mesmo modo, há lógica similar para os produtos nacionais que ainda não tenham aprovação para respectiva comercialização: não podem ser ofertados no mercado e, assim, não podem estar em licitação.

Feitas essas considerações, cabe lembrar que caberá a cada gestor público, ainda durante a etapa de planejamento da contratação, na elaboração do estudo técnico preliminar, previsto no artigo 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), considerar as circunstâncias de cada caso e indicar a viabilidade ou não de competição, a depender dos aspectos de Direito Regulatório.

Tais considerações são pertinentes, pois o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, o artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.303/2016 e o artigo 74, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 se reportam à contratação direta por inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de licitação, não fechando taxativamente as hipóteses, sendo que o lado do Direito Regulatório, pouco explorado, é de fundamental importância por levar à eventual inviabilidade de competição e, portanto, de licitação.

Essa abordagem empreendida supera em muito a limitada questão de representante exclusivo (atualmente exclusividade nem justifica plenamente a inexigibilidade de licitação, dependendo das alternativas no mercado nacional e internacional), de detentor de patente (de produto que pode ter características únicas, mas não essenciais para a demanda da Administração).

O aspecto para o qual se alerta é sobre o cenário de inviabilidade de competição e, portanto, de licitação, que pode ser evitado se as empresas, brasileiras e estrangeiras, estrategicamente, se anteciparem em resolver suas questões regulatórias perante os entes brasileiros de regulação, sendo interessante lembrar que isso nem mesmo depende de presença de se ter a empresa operando no Brasil, mas apenas um responsável técnico e representante legal, procurador, a depender do caso.

Por tudo isso é que se considera que o Direito Regulatório, envolvendo os registros, as homologações e/ou aprovações, representa a chave do sucesso para o acesso aos mercados de governo.

Em síntese, aquele que se adianta no Direito Regulatório tem chances potencializadas, inclusive nas eventuais contratações diretas, não licitadas.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.