

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. O ABUSO DE PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS.

PRICE DIFFERENTIATION IN BIDDING PROCESS. ABUSE OF ECONOMIC POWER BY THE COMPANIES.

Tatiana Cláudia Santos Aquino¹

RESUMO: A licitação é o procedimento que visa à contratação mais vantajosa para a Administração, preservando a isonomia entre os candidatos. Através dela, o Ente Público oferece o bem ou serviço licitado a todos os interessados que preencham os requisitos do edital, garantindo também a contratação pelo melhor preço. Em atendimento ao princípio da economicidade, o gestor público deve se certificar se o preço do serviço ou produto oferecido pelo licitante está dentro dos parâmetros praticados no mercado. O administrador precisa ficar atento diante das práticas de diferenciação de preços e de superfaturamento, uma vez que participação em certame licitatório não é justificativa plausível para a aplicação de preços superiores com a Administração. Além de violar as disposições da Lei nº 8.666/93, a diferenciação de preços configura infração à ordem econômica. Infelizmente, existe precedente judicial, ainda isolado, autorizando a cobrança de preços acima do mercado nas contratações públicas, na contramão do que reza a legislação pátria.

Palavras-chave: Licitação; Princípio da economicidade; Preço de mercado; Superfaturamento; Proibição de diferenciação de preços; Infração à ordem econômica.

ABSTRACT: Bidding is the procedure which has the goal to choose the more advantageous hiring to the State, preserving the equality between candidates. Through it, the Public Entity provides the goods or services tendered to all interested parties that meet the requirements of the act, also guaranteeing the purchase at the best price. In compliance with the principle of economy, the public manager must make sure that the price of the service or product offered by the bidder is within the parameters prevailing in the market. The administrator needs to be aware of the practice of differential pricing and overpricing, since participation in bidding process is not a plausible justification for the application of higher prices with the Administration. Apart from violating the provisions of Law 8.666/93, differential pricing configures infringement of the economic order. Unfortunately, there is one judicial precedent, yet isolated, allowing the charging of costs above market prices in public contracts, contrary to what the nation legislation disposes.

Keywords: Bidding; Principle of economy; Market price; Overpricing; Prohibition of price differentiation; Infringement of economic order.

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES (linha de pesquisa: “Formalismo valorativo e acesso à justiça: processo, democracia e direitos fundamentais”). Procuradora do Estado do Espírito Santo.

1. INTRODUÇÃO.

A licitação é o processo por meio do qual o Estado busca o melhor fornecedor de bem ou serviço, garantindo a igualdade de concorrência dos interessados. Além de afiançar que todos os que tenham interesse possam concorrer de maneira equânime, a licitação garante também que o Estado adquira o produto ou serviço pelo melhor preço, dentro das condições previstas no edital.

Um ponto crucial que deve ser observado e jamais olvidado pelo gestor público é se o preço do serviço ou produto oferecido pelo licitante está dentro dos parâmetros praticados no mercado. Isso significa dizer que de maneira alguma devem ser aceitas propostas com valores acima dos praticados com particulares.

No entanto, isso não é o que sempre ocorre. Várias empresas oferecem preços completamente diferentes para o Estado quando comparado com os preços oferecidos ao setor privado. Praticam verdadeira diferenciação de preços e justificam essa prática com a escusa de que a contratação com o Estado seria mais dispendiosa.

É esse tipo de comportamento que mostraremos neste trabalho ser incompatível com os princípios constitucionais da ordem econômica e da Administração Pública.

2. LICITAÇÃO. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2005, p. 494).

O procedimento licitatório visa assegurar que o Estado realize o negócio mais vantajoso e ainda proporcionar aos administrados a igualdade de oportunidade de contratar o objeto licitado, autenticando os princípios da isonomia e impessoalidade.

O administrativista ainda aponta que são atendidas três exigências públicas impostergáveis com a licitação: 1) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; 2) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos artigos 5º e 37, *caput*); 3) obediência aos reclamos de

probidade administrativa, imposta pelos artigos 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira (MELLO, 2005, p. 494).

O artigo 3º do Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93) dispõe que as licitações serão processadas e julgadas de acordo com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correlatos.

Vendo pelo prisma dos objetivos da licitação que já citamos, dois princípios revelam-se como os pilares: a economicidade, o qual obriga que o administrador público busque a contratação que seja mais econômica ao erário, e a isonomia, que tem como objetivo proporcionar igual oportunidade a todos os interessados em contratar com o Ente Público.

A economicidade será um princípio muito importante neste trabalho, pois é o alicerce para sustentarmos a impossibilidade de prática de preços abusivos dos licitantes com o Estado, em detrimento dos preços cobrados do setor privado.

3. PRÁTICA DE DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS EM LICITAÇÃO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO PELOS LICITANTES.

Como visto acima um dos objetivos principais da licitação é garantir a contratação dentro das melhores condições de aquisição do serviço ou produto pela Administração, a fim de assegurar a economicidade e a preservação do interesse público.

Assim, uma questão que se mostra essencial no procedimento licitatório é a averiguação por parte do administrador público se os preços apresentados nas propostas estão compatíveis com os preços praticados pelos licitantes com o setor privado.

Por essa razão, a Lei nº 8.666/93 previu, em seu artigo 43, inciso IV, o seguinte:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

O administrador deve, então, ao processar e julgar as propostas, verificar se estão sendo observados os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente.

Parece, em tese, ser fácil fazer essa averiguação e, principalmente, parece lógico que os preços oferecidos nas propostas devam estar sempre compatíveis com o mercado. Mas isso não é o que ocorre na prática muitas vezes.

A compatibilidade dos preços com o mercado deve ser rigorosa, de forma que o mesmo preço que é cobrado do setor privado seja cobrado/ofertado na licitação.

Não basta que os preços estejam dentro de um patamar máximo. Eles devem ser fixados de acordo com os preços que a empresa cobra dos particulares nas mesmas condições de contratação do setor público.

Essa verificação se mostra importante principalmente nos casos em que não existe concorrência, como, por exemplo, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A Lei nº 8.666/93, quando trata de inexigibilidade de licitação, alerta sobre a prática de superfaturamento de preços, afirmando que responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável².

Há disposição ainda no sentido de exigir a justificativa do preço nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a ver:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

² Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A justificativa do preço evita a ocorrência de superfaturamento nas aquisições de bens e serviços pelo Ente Público. Superfaturar significa por um preço em valor acima do verdadeiro. Em licitação, os preços não podem ser superiores aos praticados no mercado. Sempre será necessária, portanto, a comparação dos preços ofertados com os de mercado por parte do administrador, sob pena de responder pelo superfaturamento solidariamente com o fornecedor. Quando não houver como comparar, pela característica do produto ou serviço, a compatibilidade de preços pode ser verificada por meio de outros negócios do próprio contratado.

Marçal Justen Filho, quando trata de superfaturamento em casos de inexigibilidade de licitação, defende que não pode haver diferença dos preços praticados pelos licitantes com o Estado e com os particulares:

Nessa acepção é que se deve entender a expressão “superfaturamento”, contida no art. 25, par 2º. O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço “falso” nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para a execução de uma certa prestação. Se o particular pratica certos preços, que lhe asseguram o lucro elevado, não se caracteriza um superfaturamento se propuser preço equivalente para contratar com o Estado. O problema reside, então, na prática abusiva prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócios e a oneração injustificada dos cofres públicos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 296).

No tocante à justificativa do preço, requisito previsto no artigo 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93, algumas considerações devem ser assinaladas. A regra básica é que devem ser trazidos aos autos documentos que demonstrem que a proposta oferecida à administração é condizente com os preços praticados pelo profissional junto ao mercado. Sobre este aspecto, também discorre Marçal Justen Filho:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 291)

O superfaturamento caracteriza ainda crime previsto na Lei n. 8.666/93:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

[...]

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (grifamos)

Além do superfaturamento ser expressamente vedado nas licitações, ele ainda constitui infração à ordem econômica, pois configura a prática de diferenciação de preços. Quando o fornecedor cobra um preço mais elevado de seu produto ou serviço do Estado em comparação ao preço do mesmo produto ou serviço que cobra do particular, está claramente praticando diferenciação de preços entre os consumidores.

A Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) dispõe que a utilização de política de vendas diferente para os consumidores em situações iguais é vedada e configura violação à ordem econômica. Veja-se o seguinte dispositivo:

Art. 36. 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:

[...]

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que a caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 (já revogada pela Lei nº 12.529/2011, tendo os dispositivos citados exata correspondência com os dispositivos acima transcritos). Ressalta o jurista que “a conduta empresarial correspondente a qualquer um dos incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20, isto é, resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros” (COELHO, 1995, p. 56/57).

Sobre a prática de discriminação de preços, o Guia Prático do Conselho Administrativo de Defesa Econômica expõe que ocorre discriminação de preços quando o produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-os entre compradores, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar os seus lucros. Ressalta ainda o CADE que há casos nos quais a prática de preços diferentes por razões específicas é uma política comercial legítima em que agentes econômicos desiguais são tratados de maneira desigual (como, por exemplo, a prática de descontos por volume consumido ou para determinado perfil de consumidores, como descontos para entradas de cinema para estudantes e idosos). Mas há situações em que pode ser uma forma de financiar estratégias predatórias por meio de subsídios cruzados, devendo tal prática ser coibida. (CADE, 2007)

Para caracterizar a discriminação de preços, tem que haver as mesmas condições de compra, ou seja, qualidade, quantidade, condições de pagamento, e ainda assim os preços praticados serem diversos. A diferenciação, assim, só é permitida nos casos em que as condições de aquisição dos produtos pelos agentes econômicos são feitas de maneira desigual. Se os consumidores compram nas mesmas condições (ex: mesma quantidade e periodicidade), devem ser praticados os mesmos preços.

Assim, em um procedimento licitatório, o preço a ser oferecido pelo licitante deve ser necessariamente equivalente aos preços que ele pratica em condições similares do mercado privado, sob pena, além de violação aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, também de configuração de infração à ordem econômica, na modalidade discriminação de preços.

Sobre a discriminação de preços como infração à ordem econômica, Arnaldo Quirino de Almeida afirma que:

No abuso do poder econômico mediante a discriminação de preços de bens ou de prestação de serviços, o núcleo discriminar significa diferenciar, distinguir, discernir, que são praticados com o abuso do poder econômico mediante discriminação de preços de bens ou de prestação de serviços, ou seja, fixando preço para diferentes consumidores de mesmo produto. Esta conduta é praticada por empresários de um mesmo grupo econômico que ao invés de estabelecerem os preços de acordo com os seus custos e de acordo com a lei da oferta e da procura, fazem de forma artificial, com o objetivo de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente a concorrência. (ALMEIDA, 2013)

A discriminação de preços não se baseia apenas no seu valor individualmente considerado, mas sim na comparação de prática do preço do mesmo produto pela empresa no mercado. Ela apenas se justifica no caso de diferentes volumes e periodicidade de compra e de forma de pagamento. Os vetores quantidade e regularidade são os principais responsáveis pela diferenciação de preços lícita no mercado.

A Constituição da República ressalta com nitidez que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, parágrafo 4º, CF/88). A Lei nº 12.529/2011 prevê, em seu artigo 36, as práticas que caracterizam infrações à ordem econômica, dentre elas o aumento arbitrário de lucros³.

Os administrativistas pátrios defendem com veemência o combate aos contratos administrativos realizados com grande desvantagem para a Administração, principalmente, em decorrência do superfaturamento de produtos e serviços. Mesmo que haja apenas um licitante, a Administração não deve aceitar qualquer preço ofertado, mas sim o preço justo, praticado no mercado.

Uma das principais máculas do procedimento de aquisição de produtos e serviços pela Administração é a prática do superfaturamento efetuado por várias empresas que se utilizam das transações com o Estado para aumentar arbitrariamente seus lucros. Procedimentos licitatórios e contratos administrativos são realizados com grave lesão ao Erário, em manifesta violação às regras de mercado concorrencial justo e equilibrado.

A prática de superfaturamento contra o Poder Público é uma das causas da crise nos cofres públicos vivida pelo Brasil e deve ser veementemente combatida, principalmente pelo Judiciário. Não é incomum vermos denúncias veiculadas na mídia nacional sobre o superfaturamento de serviços e produtos vendidos ao Estado, com acordos inescrupulosos. A sociedade fica escandalizada, exigindo moralidade na Administração Pública.

Qualquer diferenciação de preços em licitação sem justificativa plausível traduz a intenção de aumentar arbitrariamente seus lucros.

A discriminação de preços constitui ainda crime contra a ordem econômica, previsto na Lei n. 8.137/90:

³ Art. 36. 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 os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

[...]

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Toda essa exposição não traria nenhuma novidade não fosse a ocorrência de certos precedentes que preocupam, no sentido de permitirem abertamente o superfaturamento de produtos e serviços em procedimentos licitatórios.

Algumas empresas defendem a tese que a licitação, por ser um procedimento demorado e burocrático, por si só já justificaria a prática de preços diferenciados com a Administração Pública.

O mais preocupante é que essa tese já vem encontrando respaldo em alguns Tribunais. É o que mostraremos a seguir.

4. ESTUDO DE CASO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

O precedente judicial que passaremos a analisar trata-se de um acórdão⁴ que deu provimento a agravo de instrumento para cassar liminar concedida em ação civil pública⁵, a

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - NOVARTIS BIOCÊNCIA S/A - INDÚSTRIA FARMACÊUTICA - LUCENTIS - AVASTI - MEDICAMENTO - LICITAÇÃO - REGISTRO DE PREÇO - PRINCÍPIO - LIVRE INICIATIVA - VENDA DE MEDICAMENTO PARA O ESTADO COM PREÇO DIFERENTE DA VENDA PARA O PARTICULAR - POSSIBILIDADE - BOA-FÉ - AUTORIZAÇÃO DA ANVISA - PREÇOS MÁXIMOS DO MEDICAMENTO REGULADO PELA CEMED - AGÊNCIA REGULADORA - AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA - PODER ECONÔMICO - POLÍTICA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS - LEI DA OFERTA E DA PROCURA. Havendo fixação pelos órgãos competentes (in casu ANVISA e CEMED) do preço máximo de comercialização de determinado medicamento, não há vedação que a empresa que o comercialize promova oscilações de seu preço, dentro dos patamares estabelecidos, de acordo com as variantes possíveis: quantidade adquirida, periodicidade da aquisição, forma de pagamento etc, de cliente para cliente. Por certo, elementos como formas de pagamento e formas de contratação, oscilação de preços ao longo de eventual contrato, quantidade de mercadoria comprada, fidelidade do cliente, intervenção do Estado na relação etc, podem influenciar de forma substancial na fixação do preço final do produto ao seu destinatário, e, *in casu* a história não se mostra diferente. Com as devidas vênias a eventuais pensamentos contrários, não se pode afirmar jamais que a relação havida entre uma indústria que contrata com o Estado, por meio de processo de licitação, e da indústria que contrata como particular, ainda que seja o mesmo objeto contratado para com a Administração Pública, seja a mesma, haja vista que TODOS ou pelo menos a MAIORIA dos poucos fatores acima referenciados como motes na política de fixação do preço tendem a sofrer variação. Veja-se que a forma de contratação pelo Estado já demonstra-se grande diferença da que é tida com o particular, na medida que a empresa postulante deve inscrever-se no processo licitatório, submeter-se a concorrência e a

qual determinava que um laboratório vendesse um medicamento para o Estado nas mesmas condições, com os mesmos preços e com a mesma política de descontos que vendia para o setor privado.

Na ocasião, a empresa agravou da medida liminar concedida em seu desfavor, alegando que os preços que praticava nas vendas com o Estado eram diferentes dos que praticava com o setor privado, porque a contratada teve que se submeter a certame licitatório sob sistema de registro de preços, em que apresentou uma proposta para a Administração, a

infinitude de exigências advindas de lei para que se possa contratar com a Administração, o que, sem dúvida gera custos operacionais distintos. Aliás, deve-se lembrar aqui que a modalidade de contratação realizada com os ora litigantes foi a de “LICITAÇÃO NA MODALIDADE REGISTRO DE PREÇO” na qual o Estado está desobrigado a adquirir qualquer quantidade da mercadoria, havendo somente uma previsão, uma mera expectativa de que o produto seja necessário. De tal forma, não há que se falar, in casu, de qualquer hipótese de abuso de poder econômico ou de eventuais ilegalidades que atentariam os dispositivos da lei antitrustes, na medida em que, ao menos até o que restou noticiado nos autos não há vedação de que outras empresas do mesmo ramo possam ou não entrar no mercado a fim de comercializar o produto objeto do litígio estabelecendo, assim uma concorrência para com a NOVARTIS. Finalmente, é de se verificar que o preço pelo qual o Estado adquire medicamento em questão (R\$ 2.288,95), encontra-se, inclusive abaixo dos patamares fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), considerando que o maior preço que lhe é permitido praticar é o de R\$ 4.134,08 (quatro mil cento e trinta e quatro reais e oito centavos), não havendo que se falar em prática abusiva por parte da agravante na medida em que se o Estado pretende os mesmos descontos dos particulares que adquirem o produto com o desconto maior, que preencha os mesmos requisitos, ao menos no que tange a quantidade e periodicidade da aquisição, já que a forma de pagamento resta engessado pela regra da licitação. Neste norte, não vejo com bons olhos (refiro-me ao *fumus boni juris*) a alegação de que os fundamentos pelos quais o Estado fundamentou seu pleito em primeiro grau, acolhidos pela decisão recorrida, haja vista que o mesmo pretende um tratamento igual entre aqueles que são a olhos nus desiguais, entre aquele que compra muito, paga no ato da compra e com frequência, para com aquele que compra eventualmente, custa a pagar, apesar de pagar, e em pequena quantidade - geralmente quando uma determinação judicial lhe obriga. Ora, se a empresa agravante preencheu os requisitos para a comercialização do medicamento e possui autorização dos órgãos competentes para tanto, inclusive que limitam o estabelecimento de seu preço, não vejo como atribuir a prática das ilegalidades ventiladas pelo Estado a empresa e por esta razão Assim, partindo deste primeiro ponto, que sem dúvidas influencia na política de fixação do preço, tendo em vista que a empresa agravante há de arcar pelo menos dois riscos, quais sejam: a) o risco de disponibilizar a mercadoria e não vende-la efetivamente ao Estado, face a referida forma de licitação; b) o risco de disponibilizá-la por um preço no certame e ao longo do prazo de validade do contrato o mesmo ter uma oscilação em seu valor. Havendo fixação dos preços por meio de processo licitatório não há que se falar em alteração dos mesmos em virtude de eventual venda por preço menor a setores particulares, uma vez que tal prática atenta contra o princípio constitucional da livre iniciativa. Não há razoabilidade quando o Estado quer se equiparar ao particular com a única finalidade de conseguir um benefício e faz questão de ser Estado para se diferenciar do particular quando a situação que se apresenta não lhe seja favorável. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24129010567, Relator : RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 30/10/2012, Data da Publicação no Diário: 09/11/2012) Julgado retirado do sítio www.tjes.jus.br, em acesso no dia 01/02/2014.

⁵ Até a finalização deste artigo, em 19.02.2014, a ação civil pública nº 0015579-97.2012.8.08.0024, que tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Vitória do Estado do Espírito, estava com vistas para o Ministério Público, após o encerramento da instrução processual. Em relação ao agravo de instrumento nº 00394-48.2012.8.08.0024, que tramitava na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o Estado do Espírito Santo interpôs recurso especial da decisão que deu provimento ao agravo, estando o recurso tombado sob o nº 1398785, concluso ao Ministro Relator Sérgio Kukina, da Primeira Turma.

qual tem validade de 1 (um) ano, não havendo uma quantidade estabelecida de medicamentos que seriam adquiridos pelo Estado.

O Estado rebateu os argumentos do agravo, sustentando, principalmente, que a simples necessidade de apresentação de proposta de preço não pode ser considerada como fato gerador de despesas para uma empresa. Não existia oneração a mais da empresa por causa da simples apresentação de proposta em sistema de registro de preços. Ressaltou que o caso sob análise foi mais simples ainda, pois nem concorrência houve, já que a empresa era a única fornecedora do produto.

Alegou também que o intuito da Administração era fazer jus à mesma política de preços e descontos que o laboratório praticava com o setor privado, dentro das mesmas condições de compra; não estava querendo privilégios, mas apenas que a mesma sistemática de descontos fosse aplicada indistintamente quando houvesse os mesmos fatores de aquisição (volume e periodicidade).

Defendeu ainda o Ente Público que, em mercado concorrencial normal e equilibrado, todas as empresas apresentam várias propostas antes de terem seus produtos ou serviços adquiridos, não só pelo Estado, mas também pelos particulares. Todos os consumidores, ao adquirirem um produto ou serviço, sempre averiguam pelo menos duas propostas, para depois escolher a mais vantajosa. Assim, a licitação nada mais seria do que um certame em que os interessados apresentam à Administração as suas propostas, para que se possa escolher a mais vantajosa para o interesse público, dando igualdade de condições para todas as empresas. Não seria, portanto, a licitação motivo razoável para a cobrança de preços maiores do Estado.

O acórdão que julgou o agravo de instrumento deu provimento ao recurso, por considerar normal que as empresas cobrem um preço maior do Estado do que dos particulares, mormente porque elas têm que se submeter ao certame licitatório, o que geraria custos adicionais. Nas palavras do julgado: “Com as devidas vênias a eventuais pensamentos contrários, não se pode afirmar jamais que a relação havida entre uma indústria que contrata com o Estado, por meio de processo de licitação, e da indústria que contrata como particular, ainda que seja o mesmo objeto contratado para com a Administração Pública, seja a mesma, haja vista que todos ou pelo menos a maioria dos poucos fatores acima referenciados como motes na política de fixação do preço tendem a sofrer variação. Veja-se que a forma de contratação pelo Estado já demonstra-se grande diferença da que é tida com o particular, na medida que a empresa postulante deve inscrever-se no processo licitatório, submeter-se a

concorrência e a infinidade de exigências advindas de lei para que se possa contratar com a Administração, o que, sem dúvida gera custos operacionais distintos”.

Ressaltou o julgado que não existiria prática abusiva por parte da empresa, uma vez que, se o Estado pretendesse as mesmas condições de compra, com os mesmos descontos oferecidos ao setor privado, deveria preencher os mesmos requisitos, ao menos no que tange a quantidade e periodicidade da aquisição. Rematou, afirmando que “havendo fixação dos preços por meio de processo licitatório não há que se falar em alteração dos mesmos em virtude de eventual venda por preço menor a setores particulares, uma vez que tal prática atenta contra o princípio constitucional da livre iniciativa. Não há razoabilidade quando o Estado quer se equiparar ao particular com a única finalidade de conseguir um benefício e faz questão de ser Estado para se diferenciar do particular quando a situação que se apresenta não lhe seja favorável”.

O que o Estado do Espírito Santo estava pleiteando na ação civil pública era que a empresa ré disponibilizasse os mesmos preços que praticava com o setor privado, quando observadas as mesmas condições de aquisição. Se a compra do Estado atingisse a periodicidade e o volume que permitiriam o desconto no setor privado, deveria também ser aplicado o mesmo desconto no setor público. Ou seja, desejava o Ente Público nada mais do que a aplicação dos ditames do Estatuto das Licitações e da Lei Antitruste.

No entanto, o julgado entendeu que a participação em licitação já era uma situação de desigualdade que autorizaria a cobrança diferenciada de preços. Ressalte-se mais uma vez que no caso analisado não houve concorrência, tratando-se de inexigibilidade de licitação, já que a empresa era fornecedora exclusiva do produto licitado.

Como vimos no tópico acima, a Lei nº 8.666/93 prevê que o preço dos produtos ou serviços que serão adquiridos por meio de procedimento licitatório deve ser compatível com os preços praticados no mercado, de modo que a Administração não pague um preço maior do que as empresas cobram dos seus clientes privados em relação aos mesmos produtos. Mostramos ainda que essa regra seria por demais lógica, entretanto, como podemos observar no precedente acima, na prática, não se mostra de tão simples aplicação.

É de bom alvitre fazer um parêntese para definir o que seria preço de mercado. O Tribunal de Contas da União trata o preço de mercado como o corrente na praça pesquisada⁶. Para a justificativa de preços em licitação, adota-se usualmente o preço médio, o qual é

⁶ Pesquisa em

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/9%20Estimativa%20de%20valor%20da%20contrata%C3%A7%C3%A3o.pdf, acesso em 01.02.2014.

elaborado a partir de vários estudos de preços, no mínimo 3 (três) preços pesquisados, realizados no mercado em que está sendo realizada a provável contratação.

O TCU tem adotado recomendações sempre exigindo que seja feita pesquisa de mercado nas licitações. Como exemplo a recomendação abaixo:

Promova, em todos os procedimentos licitatórios, a realização, de pesquisa de preços em pelo menos duas empresas pertencentes ao do objeto licitado ou consulta a sistema de registro de preços, visando aferir a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, nos termos do disposto no inciso V, § 1º, art. 15 e inciso IV, art. 43, da Lei nº 8.666, de 1993 e Decisões nºs 431/1993-TCU Plenário, 288/1996-TCU Plenário e 386/1997-TCU Plenário. Acórdão 828/2004 Segunda Câmara. (TCU, 2004)

A discriminação de preços é vedada no mercado concorrencial particular e também é vedada se praticada em detrimento do setor público. Para haver uma discriminação de preços válida em licitação, ela deve ser justificada com base em critérios objetivos, especialmente no que diz respeito à quantificação dos ganhos de eficiência e redução de custos por parte do fornecedor e de que modo tais ganhos sejam compartilhados pela sociedade. De toda sorte, essa diferenciação de preços permitida deve ser devidamente comprovada e documentada pelo fornecedor.

No caso do precedente judicial analisado, a Administração procurou, dentro dos mesmos parâmetros de quantidade e periodicidade de compra, obter os mesmos descontos que a empresa fornecia aos particulares. Não havia, no caso, diferenças em condições de entrega, descontos/reembolsos, taxas de serviços e congêneres, e condições de crédito incomuns não relacionadas intrinsecamente ao valor do crédito que pudessem interferir no preço.

A tese defendida pela empresa fornecedora – e corroborada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – para justificar a diferenciação de preços foi a circunstância de a empresa precisar participar de um procedimento licitatório para vender seus produtos ou serviços ao Estado, o que, por si só, geraria custos adicionais. Essa tese vai de completo encontro à legislação e à doutrina pátrias.

Os argumentos da decisão analisada que interessam a este trabalho podem ser resumidos em três: 1) poder econômico - política de fixação de preços - lei da oferta e da procura; 2) livre iniciativa; 3) a intervenção do Estado na relação, com a existência de procedimento licitatório, gerando custos operacionais distintos, o que autorizaria a cobrança de valor mais alto do Estado do que de outros clientes.

Quanto à aplicação do princípio da livre iniciativa suscitado na decisão, é de salutar importância ponderar que existem diversos limites impostos, inclusive constitucionalmente, ao princípio da livre iniciativa. Este princípio não significa simplesmente que os agentes econômicos podem realizar as atividades comerciais de acordo com sua vontade e convencimento. Significa que todos podem lançar-se no mercado, por sua conta e risco em atividades lícitas, sem que haja intervenção injusta. Mais que isso, é uma proteção ao consumidor, que terá a garantia que o mercado será livre, sem a formação de monopólios e abuso de preços.

José Afonso da Silva ensina que a livre iniciativa, "num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário". (SILVA, 1998, p. 760)

A livre iniciativa é, portanto, a liberdade da empresa de se lançar no mercado, sendo a livre concorrência a liberdade de competição entre as empresas, o que não existe no caso em comento.

A proibição de diferenciação de preços com a Administração em processo licitatório não tolhe a livre iniciativa dos licitantes, nem a livre concorrência.

Outrossim, jamais pode haver uma interpretação de uma norma constitucional de uma forma isolada, como realizado com o princípio da livre iniciativa. A norma constitucional insere-se dentro de um contexto sistemático, em que, no caso da livre iniciativa, existe uma razão maior para a sua inserção no texto magno.

A livre iniciativa, dentro do contexto constitucional, acaba servindo para reprimir o abuso de poder econômico e aumento arbitrário dos lucros, com o fito de concretizar os valores da justiça social e dignidade da pessoa humana.

A ordem econômica, que é baseada no princípio da livre iniciativa (art. 170, CF/88), tem o fim maior de reprimir o abuso de poder econômico. Nesse sentido, é o ensinamento de Paula Andréa Forgioni:

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também,

reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". (FORGIONI, 1998, p.170)

Assim, não há como aplicar o princípio da livre iniciativa para justificar a diferenciação de preços, como apregoou a decisão analisada.

Além da previsão legal expressa que impede a cobrança de preço em valor maior da Administração do que do particular, a doutrina pátria em sua esmagadora maioria defende que não pode haver cobrança de valor maior do Estado do que do setor privado nas mesmas condições.

O que causa espécie na decisão judicial aqui analisada é justamente o posicionamento completamente contrário à disposição literal da lei e ao entendimento da: entender que as empresas poderiam sim cobrar valor maior do Estado em licitação, já que a lei da oferta e da procura e o princípio da livre iniciativa permitiriam a diferenciação de preços pelo empresário; e ainda que a submissão a um procedimento licitatório gera custos adicionais que precisam ser repassados no preço.

Não vemos como não discordar de tal posicionamento. Ele ultrapassa as barreiras do lógico e do razoável e vai de encontro aos princípios constitucionais da Administração Pública e da ordem econômica.

A legislação pátria não deixa margem a dúvidas: os preços no certame licitatório precisam estar de acordo com os preços praticados no mercado, sob pena de improbidade do agente público que autorizará a contratação. Além disso, a diferenciação de preços com os consumidores é abuso de poder econômico, configurando ainda crime contra a ordem econômica.

Ademais, não existe razoabilidade no argumento de que a existência do certame licitatório seria uma justificativa aceitável para a elevação dos preços para a Administração.

Ressalte-se que a situação posta sob julgamento no precedente trazido tratava-se de inexigibilidade de licitação, ou seja, nem concorrência existiu. Contudo, é exatamente nos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação que ocorrem com mais frequência a incidência de superfaturamento através da diferenciação de preços. É por isso que o legislador previu, no artigo 26, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que deverá sempre ser justificado o preço, para averiguação de sua compatibilidade com o preço praticado no mercado.

José Cretella Júnior ensina que "a fixação de preços e as condições operacionais de venda, ou prestação de serviços devem ser uniformes para todos os fornecedores e adquirentes

desses produtos e serviços, constituindo infração da ordem econômica, passível de pena, qualquer fixação diferenciada, discriminadora de preços, ou de condições operacionais de venda”. (CRETELLA JÚNIOR, 1996, p.76).

Dessa forma, não há justificativa para se pensar que os custos operacionais de uma empresa são maiores para vender para o Estado do que para o particular apenas pelo simples fato de submissão a um certame licitatório. A simples apresentação de proposta de preço é conduta corriqueira no mercado, não tendo o condão de permitir a diferenciação de preços como defendida pelo julgado que estamos analisando.

O posicionamento adotado pelo precedente judicial que ora estudamos colide de forma fulgente contra os princípios da economicidade e da moralidade, aplicados à Administração Pública, e contra os princípios constitucionais da ordem econômica, devendo ser ardentemente combatida pelo Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

O legislador deixou bem claro em vários diplomas legais, como lei de licitações, lei antitruste e lei de improbidade, que não será aceito que a Administração pague preço acima do mercado na aquisição de bens e serviços.

Tal previsão tem perfeita consonância com os princípios constitucionais da moralidade, supremacia do interesse público, e ainda com o princípio da economicidade.

Não é novidade que as empresas tentam burlar essa regra, impondo preços mais elevados ao Estado como forma de aumentar seus lucros.

O administrador deve ficar bastante atento diante das práticas de diferenciação de preços e de superfaturamento. A exigência de certame licitatório para as aquisições do Poder Público não é justificativa plausível para a aceitação da prática de diferenciação de preços. Trata-se de infração à ordem econômica, agravada por ter o Estado como vítima.

O precedente que citamos vai de encontro ao que determina a legislação e é extremamente perigoso, pois pode dar azo à ocorrência de autorização para diferenciação de preços de forma indiscriminada nas contratações públicas.

Por essa razão, entendemos que o posicionamento defendido pela decisão judicial analisada neste trabalho não deve ser seguido, já que vai de encontro às disposições da nossa Constituição Federal, da Lei de Licitações e da Lei Antitruste, não devendo permanecer no nosso sistema jurídico.

6. REFERÊNCIAS.

- ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Cartel: crime contra a ordem econômica*. Disponível em <<http://arnaldoquirino.com/2013/08/19/a-tutela-penal-da-ordem-economica-nocoes-gerais-fundamentos-da-tutela-penal-formacao-de-cartel-crimes-em-especie/>>. Acesso em 01/02/2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. 11a ed., São Paulo: Dialética, 2005.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PEREIRA JÚNIOR, José Torres. *Comentário à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- Tribunal de Contas da União e Senado Federal. *Licitações e Contratos. Orientações Jurisprudenciais do TCU*. 4ª ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

- Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos*. 3ª ed. Brasília. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/9%20Estimativa%20de%20valor%20da%20contrata%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 01.02.2014.