

Edital de licitação não pode criar reserva de mercado nacional

12/06/2026

A licitação pública não é instrumento de fechamento econômico. O edital, embora vinculante para a administração e para os licitantes, continua sendo ato administrativo subordinado à Constituição, à lei e aos regimes regulatórios setoriais; por isso, não pode ser usado para criar reserva de mercado nacional, barrar o mercado externo ou impor filtros de acesso econômico que o ordenamento não instituiu.

Mas esse tipo de distorção ainda é visível quando o órgão contratante deixa de apenas descrever o objeto e passa a definir quem pode atuar no mercado, em quais condições e com quais credenciais além daquelas previstas nas normas setoriais. Nesse momento, o edital deixa de organizar a contratação e tenta regular o setor econômico, invadindo competência de autoridades reguladoras e de anuência de comércio exterior.

Aspectos constitucionais

A base constitucional a considerar é evidente. O artigo 170, *caput* e inciso IV, da Constituição funda a ordem econômica na livre iniciativa e submete sua realização, entre outros princípios, à livre concorrência, ao passo que o parágrafo único assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos “previstos em lei”.

Essa diretriz se projeta diretamente sobre as licitações. A administração não recebe da Constituição um poder implícito para criar barreiras econômicas por edital; quando o estado quer limitar acesso a um mercado, restringir importação, condicionar circulação de bens sensíveis ou exigir certificações constitutivas de determinada atividade, isso deve resultar de lei e da regulação setorial competente, não de termo de referência e de edital redigido para uma contratação específica.

Aspectos legais do regime geral licitatório

A Lei nº 14.133/2021 reforça a limitação com clareza. O artigo 5º consagra princípios como legalidade, impessoalidade, motivação, igualdade, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade e segurança jurídica, enquanto o artigo 11, *caput* e incisos I e II, determina que o processo licitatório deve assegurar resultado vantajoso para a Administração ao mesmo tempo em que se assegure o tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição.

De modo ainda mais preciso, no artigo 9º, inciso I, alínea “a”, e inciso II, da citada lei, constam vedações às cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, bem como proíbe distinções entre empresas brasileiras e estrangeiras, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. Isso significa que o edital pode exigir regularidade jurídica e técnica do futuro contratado, mas não pode fabricar uma barreira artificial de entrada apenas porque o gestor deseja “fechar” o mercado em favor de operadores locais, incumbentes ou canais comerciais específicos ou alegar, genericamente, que está fazendo cumprir a finalidade do desenvolvimento nacional sustentável (essa é balizada pela regulação de cada setor econômico, inclusive, com os anuentes de comércio exterior).

A diferença é simples. Especificar o objeto é descrever desempenho, qualidade, segurança, funcionalidade e conformidade. Regular mercado é escolher quais agentes econômicos poderão existir ou competir naquele segmento. A primeira tarefa é do edital; a segunda passa por respeito à Constituição, à lei e às competências expressamente autorizadas às autoridades reguladoras.

Ausência de discricionariedade para fazer licitação nacional



Quando um mercado é invertido, com mais competidores no exterior que no Brasil, isso leva à obrigação de se realizar uma licitação internacional, em respeito às balizas do artigo 37, *caput* e inciso XXI da Constituição, incluindo a legalidade, a impessoalidade e a eficiência, sem esquecer do artigo 70 da mesma Carta, quanto à economicidade, e à indisponibilidade do interesse público, do artigo 5º da Lei nº 14.133/21, entre outros princípios já referenciados.

Por isso, não pode a administração “escolher” criar “reserva de mercado”, alegando que pode fazer uma “licitação nacional” nas circunstâncias que se alerta, em prejuízo a tantas normas constitucionais, legais e regulamentares e, ainda, contrariando o interesse público.

Exemplo do setor militar

Nos produtos controlados pelo Exército, o marco normativo é particularmente eloquente. O Decreto nº 10.030/2019 que estabelece Regulamento de Produtos Controlados e dispõe sobre princípios, classificações, definições e normas para a fiscalização de produtos controlados pelo Comando do Exército, tem balizas claras.

Assim, produto controlado, aquele com poder destrutivo, propriedade capaz de causar danos às pessoas ou ao patrimônio, necessidade de restrição de uso por motivo de incolumidade pública, ou interesse militar, isso não é desregrado. Ao mesmo tempo em que o Exército, pela Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados (DFPC), analisa os pedidos de fabricação, importação e comercialização com base na lista dos produtos controlados, há que se considerar que não mais persiste a inconstitucional reserva de mercado que se tinha no reprovável R-105, um decreto que não tinha base em lei que amparasse a danosa seleção por critérios de existência de produto “similar nacional” (a superação dessa barreira trouxe um cenário diferente, agora balizando a entrada por critérios, testes, certificações, mas não um fechamento de mercado como havia no regime anterior).

Portanto, em licitações de armamentos, munições, coletes balísticos e outros itens, nada mais justifica que haja pregão nacional, porque se sabe que esses mercados são mais do exterior que do Brasil, e a regulação do setor pede balizas técnicas, mas não fecha mercado.

Exemplo do setor de telecomunicações

No setor de telecomunicações, a regulação do produto não nasce do edital. Os produtos de telecomunicações sujeitos à regulamentação precisam ser submetidos à avaliação da conformidade e à homologação pela Anatel, sem a qual não se admite seu uso ou comercialização regular no país.

Portanto, em uma licitação para rádios, antenas e equipamentos similares, a administração pode exigir que o item ofertado esteja homologado pela Anatel quando isso for juridicamente exigível. O que não pode fazer é ampliar artificialmente esse comando regulatório para exigir, por exemplo, que apenas fabricantes com estrutura própria no Brasil, distribuidores exclusivos, canais previamente autorizados ou arranjos comerciais específicos participem do certame, quando a legislação setorial não estabeleceu tal limitação.

Em outras palavras, a homologação é requisito regulatório; a criação de um funil comercial fechado é reserva de mercado. A primeira hipótese protege o interesse público e a legalidade técnica do objeto; a segunda compromete a livre concorrência e viola a lógica da Lei nº 14.133/2021.

Exemplo do setor médico-hospitalar

Na área sanitária, o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária tem base em lei, sob a competência de atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que no âmbito desse sistema possui competências de normatização, controle e fiscalização sobre produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, bem como, atribuições ligadas ao controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive autorização de funcionamento, anuência de importação e exportação e concessão de registros quando cabíveis.

São submetidos à fiscalização sanitária, entre outros itens, medicamentos, insumos farmacêuticos, equipamentos e materiais médico-hospitalares, produtos para diagnóstico, radiofármacos, saneantes e serviços de assistência à saúde. Logo, em compras públicas de medicamentos, próteses, reagentes, equipamentos hospitalares ou dispositivos médicos, o edital deve respeitar o regime legal e exigir a regularidade sanitária pertinente ao objeto.



Mas há um limite jurídico intransponível: o edital não pode criar um “sub-regime” próprio. Não pode criar exigências autônomas como barreiras comerciais sem previsão legal, como exemplo, que o licitante seja apenas e exclusivamente a empresa que tenha feito o registro de um dispositivo médico na Anvisa, porque a mesma agência reguladora autoriza que haja a importação terceirizada.

Exemplo do setor de aviação

No setor aeronáutico, a disciplina regulatória também é legalmente concentrada e cabe à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) a competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, além de, especificamente, tratar de certificação e fiscalização de produtos aeronáuticos, operadores, oficinas e aeronaves civis.

Assim, em licitação para aeronaves, manutenção aeronáutica, peças, equipamentos embarcados, serviços especializados ou requisitos de aeronavegabilidade, o edital pode exigir as aprovações e certificações que derivem da legislação e da regulação técnica da aviação civil.

O que não lhe é dado fazer é substituir o juízo técnico da autoridade aeronáutica por um regime casuístico de contratação. A administração não pode criar critérios de certificação, criar filtros empresariais estranhos ao regime da Anac ou tratar a aptidão regulatória como pretexto para estreitar a disputa a atores locais ou intermediários. A aeronavegabilidade se certifica segundo o sistema aeronáutico; não se cria por cláusula editalícia.

Exemplo do setor nuclear

Para fins licitatórios, materiais, atividades e serviços desse campo não estão em mercado livre e desregulado; submetem-se a disciplina técnica específica e a controle estatal especializado, pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen).

Por isso, se a contratação pública envolver radioisótopos, fontes radioativas, equipamentos submetidos a requisitos especiais, serviços técnicos correlatos ou insumos sensíveis, o edital deve apenas incorporar as exigências legais e regulatórias pertinentes ao setor. O que não pode fazer é assumir, por conta própria, função normativa equivalente à de autoridade reguladora, criando requisitos autônomos de habilitação que não encontrem fundamento no regime setorial específico.

Conclusão

Em um Estado de Direito, ainda que com seu regulatório, cada instituição tem sua função. A Constituição protege a livre iniciativa e a livre concorrência e a legalidade, ao passo que a Lei nº 14.133/2021 exige isonomia e justa competição e veda restrições indevidas ao caráter competitivo da licitação e, por fim, as regras regulatórias setoriais tratam das balizas para produtos e serviços. O edital pode conduzir contratação observando desses regimes, mas jamais substituí-los, ampliá-los arbitrariamente ou convertê-los em reserva de mercado nacional.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-12/edital-de-licitacao-nao-pode-criar-reserva-de-mercado-nacional-2/>