Fabiano de Figueiredo Araujo

AS MARGENS DE PREFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:

O USO DA CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO E AS FALHAS REGULATÓRIAS

UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASILIA – UNICEUB
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

FABIANO DE FIGUEIRÊDO ARAUJO

AS MARGENS DE PREFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS:

O USO DA CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO E AS FALHAS REGULATÓRIAS

Brasília-DF, Setembro de 2016

UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASILIA – UNICEUB
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para obtenção do grau de mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Orientador: Professor Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo

As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias. Fabiano de Figueirêdo Araujo. Brasília: UniCEUB, 2016.

84 fls.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Diagramação: S2 Books

Agradecimentos

A Deus, sendo desnecessários maiores argumentos.

À minha mãe, Leni, aos meus irmãos Geraldo Junior, Luziná e Adriano, e ao meu sobrinho Ezequiel, penitenciando-me pelas ausências derivadas deste trabalho.

Aos ilustres colegas do mestrado, sito onde tive a possibilidade de conhecer ilustres juristas, de elevado grau de conhecimento.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo apoio institucional, aos colegas da Coordenação-Geral Jurídica (CJU), da Coordenação-Geral de Administração (CGA) e Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros (CAF), que me auxiliariam durante este processo do mestrado. Anoto especial destaque aos apoios da CJU e CAF, que muito me auxiliariam na obtenção de obras necessárias para o deslinde desta dissertação.

Aos professores doutores Alice Rocha da Silva, Jose Levi Mello do Amaral Jr., Carlos Ayres Britto, Nitish Monebhurrun, Antonio Suxberger, os quais me ajudaram no deslinde dessa minha fase acadêmica.

Ao Professor Dr. Paulo Carmona, quem, mui generosamente e a despeito das suas várias atividades, aceitou a orientação destes estudos.

Ao Drs. Jefferson Carus Guedes e Júlio Cesar de Aguiar, que participaram na banca avaliadora do presente trabalho.

E, finalmente, a meu dileto e saudoso pai Geraldo, que sempre será o meu herói.

Resumo

O escopo da presente dissertação é discorrer sobre os objetivos jurídicos da sistemática de margens de preferência em licitações públicas, introduzida no Direito Brasileira pela Medida Provisória nº 495, de 2010, bem como avaliar falhas regulatórias existentes nas margens de preferências já implantadas. Após a introdução sobre os aspectos gerais da referida metodologia de contratação governamental e o exame da Função Regulatória da Contratação Governamental, concluiu-se inicialmente que o objetivo jurídico da sistemática é promover maior eficiência no processo de aquisição, bem como o de trazer também efeitos sistêmicos na economia nacional (objetivo distributivo), não devendo ser empregado como finalidade única de outorgar privilégios para fornecedores de produtos de bens e serviços nacionais. Estabeleceu-se também a conclusão de que a margem de preferência consiste em um mecanismo regulatório, haja vista sua aptidão de induzir comportamentos de agentes econômicos. Desse modo, a sua construção normativa pode sofrer de falhas regulatórias, podendo ensejar que a margem seja empregada não com o intuito de atingir os desideratos normativos, mas com a razão exclusiva de beneficiar licitantes, violando o princípio da isonomia.

Palavras-chave: Licitação; Função Regulatória; Margens de Preferência; Captura.

Abstract

This works aims to discuss the legal objectives of percent preference for domestic products and services in public procurement, introduced in Brazilian law by Provisional Measure Nº 495, 2010, and to evaluate existing regulatory gaps in preferences already established. Initially, after the introduction on the general aspects of this government contracting methodology and examine the Function Regulatory of the Government Procurement, known also as *horizontal policy*, it was concluded initially that the legal purpose of the systematic is to promote greater efficiency in the procurement process and to also bring systemic effects on the national economy (distributive goal), so it can not be used in order to grant only privileges to suppliers of goods and national services. It is also established the conclusion that the percent preference for domestic products and services in public procurement sets up a regulatory mechanism. So, its normative construction may suffer from regulatory failures, which could bring it was employed not in order to achieve the normative objectives, but in order to qualify bidders, violating the principle of equality.

Keywords: Public procurement; Function Regulatory; Capture.

Ilustrações

Tabelas

Tabela 1 – Critérios de escolha dos setores para margens 67
Tabela 2 - Argumentos tecidos pelo CI-CP 70

Sumário

Introdução **9**

1. Apontamentos sobre margens de preferências em licitações públicas **12**

1.1. O surgimento da sistemática das margens de preferência no cenário brasileiro e paradigmas internacionais. 12

1.2. As espécies de margem de preferência 18

1.3. O procedimento para implementação dos decretos das margens de preferência 22

1.4. A aplicabilidade da margem de preferência em certame licitatório. 28

2. A ordem econômica e a função regulatória da contratação governamental. **29**

2.1. As diretrizes da Ordem Econômica 29

2.2. A Função Regulatória da Contratação Governamental. 33

2.3. A consonância das margens de preferência com os primados da Ordem Econômica. 48

3. O exame das margens de preferência implantadas no cenário brasileiro **51**

3.1. Os setores econômicos beneficiados com as margens de preferências 52

3.2. Exame crítico da construção das margens de preferência 63

3.2.1. A captura regulatória e a livre discrição para escolha dos setores econômicos passíveis de incidência de margem de preferências. 64

3.2.2. A motivação da opção regulatória e a não vinculação do CI-MP ao valor de margem de preferência definido pelos estudos técnicos. 69

3.2.3. A falta de participação pública para estabelecimento das margens de preferência e a legitimidade regulatória 71

Considerações finais **74**

Referências **77**

Anexo - cd **84**

Introdução

O processo licitatório, desde a antiguidade, é visualizado como um meio de promover aquisições mais econômicas pelo Poder Público, objetivando, outrossim, tutelar o primado da isonomia, a fim de que seja ofertada igualdade de condições aos particulares que desejam ser contratados pela Administração[1].

Com efeito, a política de contratação governamental envolve um importe elevadíssimo de recursos, sendo um instrumento de muita influência na economia nacional. Nos Estados Unidos, por exemplo, a compra de bens e a contratação de serviços pelas entidades estatais engloba aproximadamente vinte por cento de todas as aquisições no país[2]. No Brasil, somente no ano de 2013, as aquisições realizadas pela Administração Pública Federal Direta, autárquica e fundacional superaram o importe de R$ 68,4 bilhões, numerário de relevo, decerto[3].

Tendo em vista, pois, essa importância econômica da contratação governamental, tornou-se praxe, na realidade brasileira, o emprego da aquisição estatal para outros fins públicos que não sejam limitados ao mero interesse administrativo em adquirir determinado bem ou serviço, com o desiderato de ser ferramenta para alcance de objetivo estabelecido por política pública. É o que se chama de Função Regulatória da Contratação Governamental.

Como exemplos desse cenário, podem ser lembradas a confecção de hipóteses de dispensa de licitação que *atendam a políticas públicas setoriais* ou a estruturação de benefícios licitatórios a pequenos empreendedores em nosso país, advinda da Lei Complementar nº 123, de 2006, e até a sistemática das licitações sustentáveis.

Dentro dessa lógica, a Lei nº 12.349, de 2010, modificou o art. 3º da Lei 8.666, de 1993, estabelecendo mais um novo objeto à licitação, qual seja, *a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, o que bem denotaria esse caráter assertivo do processo de contratação estatal.

Essa lei também implementou a chamada *margem de preferências em licitações públicas*. Pela sistemática então delineada, há necessidade de construção de todo um substrato normativo infralegal para sua efetivação. Não se tem como estabelecer uma eficácia plena da sistemática sem a aludida normatização[4].

Os vários parágrafos contidos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, incluídos pela legislação já citada, possibilitam o estabelecimento das margens de preferência nas licitações para produtos e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Recente modificação exigiu a necessidade que de os licitantes, além de atenderem a tais normas técnicas, comprovem o cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação[5]. Consoante a normatização, essa margem de preferência pode ser de até 25% por cento. Dessa forma, em situação hipotética, após as disputas de propostas/lances em um certame licitatório, fornecedor de um produto reputado normativamente como estrangeiro explicita que o seu bem vale 100 unidades monetárias (u.m.). Caso a margem de preferência seja de 20%, o fornecedor de um produto tratado normativamente como nacional logrará êxito no certame caso o preço do bem ofertado seja de até 120 u.m.

Ou seja, pela referida sistemática, não necessariamente o ofertante do menor preço em uma disputa licitatória logrará êxito, porquanto caso este licitante seja um competidor estrangeiro, e ofertante de bem

1 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

2 STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3 ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 33.

3 SLTI (Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). *Informações gerenciais de Contratações e Compras Públicas*. Disponívem em: http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01-informativo-comprasnet-dados-gerais-jan-a-mar-_v2.pdf. Acesso em: 21/12/2015.

4 FERREIRA, Daniel. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 106-7.

5 Lei 13.146, de 2015. Como abordado no decorrer da presente dissertação, essa recente modificação tem influência bem diminuta na sistemática em comento.

reputado nacional apresente preço superior ao proposto pelo aludido competidor, mas esteja dentro da margem de preferência, o segundo ofertante será considerado vencedor da licitação.

Vale consignar, por oportuno, que o âmago do indigitado método licitatório não é o de ensejar benefícios a produtores de capital nacional. Não se trata de benesse de natureza subjetiva, ou seja, vinculada à origem do licitante, mas um benefício eminentemente objetivo, relacionado com a origem do objeto licitatório a ser fornecido/prestado[6].

Prosseguindo sobre a descrição da sistemática, conforme a legislação de regência (art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993), a margem de preferência será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: (i) geração de emprego e renda; (ii) efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (iv) custo adicional dos produtos e serviços; e (v) em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. Após a elaboração desses estudos, ato do Poder Executivo Federal (art. 3º, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993) definirá as margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco) por cento sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

No âmbito do Poder Executivo Federal, entendeu-se que o aludido ato deveria ser formatado mediante decreto, de sorte que já foram editados, até este instante, 23 decretos[7] estabelecendo margens de preferências para inúmeras espécies de produtos e serviços nacionais. Conforme estatísticas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), ocorreram, até 31 de dezembro de 2015, 3.405 processos de licitação com margem de preferência, que correspondem a contratações públicas do importe de R$ 5,58 bilhões de reais. Percebe-se, pois, o grande vulto relacionado com a sistemática.

Em cada decreto, implementou-se uma sistemática específica de qualificação do produto nacional, dependendo da espécie de produto, delineou-se o valor da margem de preferência, comum e adicional, bem como se estabeleceu a sistemática de apresentação dos documentos necessários para comprovação da origem dos produtos. O decreto também prevê o período de aplicação das margens de preferências a incidirem em licitações públicas ocorridas durante tal vigência.

Verifica-se, nesse breve relato, que a materialização das margens de preferências ocorre no âmbito de procedimentos internos do Poder Executivo Federal, de sorte que o estabelecimento de parâmetros claros na atuação administrativa é empreendimento necessário a fim de ratificar a higidez das indigitadas margens.

---

6 Dessa forma, a questão em comento não tem relação direta com o notório debate relacionado com a revogação do art. 171 da Constituição Federal.

7 Decreto 7.709, de 03/04/2012 – Margem de preferência para motoniveladoras e retroescavadeiras; Decreto 7.841, de 13/11/2012 – Alteração da margem de preferência para motoniveladora e retroescavadeiras; Decreto 8.002, de 14/05/2013 - Alteração da margem de preferência das motoniveladoras; Decreto 7.713, de 03/04/2012 – Margem de preferência para fármacos e medicamentos; Decreto 7.756, de 14/06/2012 – Margem de preferência para confecções e calçados; Decreto 7.767, de 27/06/2012 – Margens de preferência para equipamentos médico-hospitalares; Decreto 7.810, de 20/09/2012 - Margem de preferência para papel-moeda; Decreto 7.812, de 20/09/2012 - Margem de preferência para veículos para vias férreas; Decreto 7.816, de 28/09/2012 - Margem de preferência para caminhões, furgões e implementos rodoviários; Decreto 7.834, de 13/11/2012 – Margem de preferência para disco para moeda; Decreto 7.840, de 13/11/2012 – Margem de preferência para perfuratriz e patrulha mecanizada; Decreto 8.002, de 14/05/2013 - Alteração da margem de preferência das perfuratrizes; Decreto 7.903, de 04/02/2013 – Margem de preferência para equipamentos da tecnologia e comunicação; Decreto 8.002, de 14/05/2013 – Margem de preferência para pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins; Decreto 8.171, de 23/12/2013 – Margem de preferência para caminhões, furgões e implementos rodoviários; Decreto 8.170, de 23/12/2013 – Margem de preferência para aquisição de disco de moeda; Decreto 8167, de 23/12/2013 – Margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; Decreto 8.184, de 17/1/2014 – Margem de preferência para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação; Decreto 8.185, de 17/1/2014 – Margem de preferência para aquisição de aeronaves executivas; Decreto 8.186, de 17/1/2014 – Margem de preferência para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador; Decreto 8.194, de 12/2/2014 – Margem de preferência para aquisição de outros tipos de equipamento de tecnologia da informação; Decreto 8.223, de 3/4/2014 – Margem de preferência para aquisição de brinquedos; Decreto 8.224, de 3/4/2014 – Margem de preferência para aquisição de máquinas e equipamentos. O Decreto 8.262, de 30/12/2015, prorrogou a o prazo de vigência de inúmeras margens de preferência, até 31 de dezembro de 2016.

A sistemática da margem de preferência acaba seguindo, pois, a lógica de construção normativa verificada em sede de regulação. Isto é, a normatização acaba sendo exarada pelo corpo da Administração Pública, a fim de usar mecanismos de indução a comportamentos do setor econômico, com o fito de atingir desideratos pretendidos normativamente. Afinal, a título de exemplo, quando se estabelece uma margem de preferência para licitações pertinentes a bens de um determinado setor econômico durante específico prazo temporal, não há dúvidas de que esse empreendimento tem o condão de incentivar agentes econômicos a promover a nacionalização da produção no respectivo setor.

Sem embargo, impõe-se minorar os riscos de ineficácia da contratação governamental como diretriz de política pública, a fim de se afastar eventual dispêndio de recursos públicos a maior sem que a prática indutora governamental enseje a efetividade pretendida normativamente, mas logre ser exclusivamente privilégio para específicos licitantes, em verdadeira lógica de *captura regulatória*.

O escopo, portanto, do presente trabalho é discorrer sobre a sistemática das margens de preferência em licitações públicas, delineando precisamente quais são os objetivos jurídicos pretendidos pela metodologia. Isto é, descrever precisamente os parâmetros de juridicidade das margens de preferência, como mecanismos para limitação da conduta administrativa na implementação das referidas margens.

Outrossim, partindo-se dos objetivos normativos das margens de preferência, e da sua modelagem regulatória, procurar-se-ão avaliar possíveis *falhas regulatórias* existentes nas margens já implantadas, cenários que poderiam evidenciar o desvio da política pública para outros fins distintos daqueles pretendidos normativamente.

Mercê da efetiva novidade da incidência das margens de preferências nas licitações brasileiras, com escassa doutrina jurídica sobre o assunto, vislumbra-se a relevância no trato da matéria, o que evidencia a importância do estudo imediato do assunto.

O norte da dissertação é configurado em três grandes eixos, o primeiro delineando as noções estruturantes da margem de preferência em licitações públicas, enquanto que o segundo capítulo trará a Função Regulatória da Contratação Governamental, o arcabouço téorico incidente sobre a margem de preferência. A terceira parte deste trabalho fará o exame de todas as margens de preferências já implantadas, delineando eventuais falhas regulatórias existentes no bojo do seus respectivos estabelecimentos.

O primeiro capítulo descreverá a sistemática das margens de preferência. Delineará o seu surgimento no bojo da legislação brasileira, bem como promoverá o seu cotejo em face de normatizações semelhantes no âmbito internacional. O final do capítulo tratará também do procedimento formal para implementação das margens de preferência.

O primeiro segundo abordará a Função Regulatória da Contratação Governamental. Evidenciará que a aquisição pública pode ser empregada como um mecanismo de intervenção indireta na economia, induzindo o comportamento dos agentes econômicos. Delineará a importância dos primados da igualdade e da competividade no bojo do processo de contratação estatal, sustentando, contudo, a possibilidade de que a aludida sistemática administrativa possa ser empregada com o fito de ser um instrumento de política pública (Função Regulatória da Contratação Governamental).

O capítulo terceiro faz o liame entre as duas partes iniciais da presente dissertação. Inicialmente, o capítulo descreve as margens de preferências estabelecidas em nosso país, avaliando-se os decretos e os estudos que lhe subsidiaram, solicitados mediante pleito formulado via Lei de Acesso à Informação. Após essa descrição, promover-se-á uma avaliação crítica das margens já estabelecidas, delineando-se a existência de falhas regulatórias nas suas respectivas implementações.

Registre-se, por pertinente, que tais estudos, pela sua larga extensão, encontram-se digitalizadas em CD anexo a esta dissertação, havendo, no bojo do capítulo terceiro deste trabalho, menção a partes desses estudos.

1. Apontamentos sobre margens de preferências em licitações públicas

> "My dear, here we must run as fast as we can, just to stay in place. And if you wish to go anywhere, you must run twice as fast as that".
> **(**Lewis Carroll**,** em *Though the Looking-Glass, and What Alice found there).*

Delineou-se, no âmbito da introdução do presente trabalho acadêmico, que a formatação das margens de preferência pressupõe a construção de normatizações infralegais, com o fito de atingir o desiderato pretendido pela referida metodologia contratual.

Não custa rememorar que o escopo da dissertação é trazer fundamentos e parâmetros de juridicidade da referida sistemática, bem como tecer críticas sobre o seu uso. Sem embargo, consideração mais detalhada acerca da margem de preferência soa necessária, haja vista que sua aplicabilidade não é intuitiva. O seu recente engendramento enseja um detalhamento apurado. O viés de novidade ocasiona debates sobre questões fulcrais da metodologia, a despeito da escassa doutrina sobre a matéria.

O presente capítulo tem como objeto servir de base para tal mister. Dessa forma, promover-se-á, nesta sede, um detalhamento sobre a margem de preferência em licitações públicas.

A primeira parte terá como escopo descrever o surgimento da sistemática no bojo da Lei nº 8.666, de 1993. Será demonstrada que a margem de preferência em licitações públicas não viola normatização internacional cogente em face da República Federativa do Brasil, bem como está coerente inclusive com padronização de normas licitatórias estabelecida pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL, em inglês).

Posteriormente, procurar-se-á promover uma distinção entre as três espécies de margem de preferência, quais sejam, a margem de preferência ordinária, a margem de preferência adicional e a margem de preferência relacionada com entidades privadas que empregam pessoas portadoras de necessidades especiais. Questões procedimentais da margem de preferência serão dispostas logo a seguir, inclusive com o fito de demonstrar o rito para construção dos Decretos que a estruturam.

1.1. O surgimento da sistemática das margens de preferência no cenário brasileiro e paradigmas internacionais.

A implementação, em processos de contratação pública, de benefícios a bens nacionais é algo corriqueiro em sede de Direito Comparado. Não por acaso, a legislação modelo de contratação pública construída pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL, em inglês) prevê expressamente a possibilidade de restrições de competividade oriundas de nacionalidade, conforme disciplinamento estabelecido em cada legislação soberana[8].

Com ressalvas no âmbito europeu, a estipulação de benesses de tal naipe é verificada à saciedade[9]. Essas

8 Vejamos os arts. 8º e 11 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre contratação estatal, no que pertinente: Article 8. Participation by suppliers or contractors. 1. Suppliers or contractors shall be permitted to participate in procurement proceedings without regard to nationality, except where the procuring entity decides to limit participation in procurement proceedings on the basis of nationality on grounds specified in the procurement regulations or other provisions of law of this State. (…)Article 11. Rules concerning evaluation criteria and procedures. 1. Except for the criteria set out in paragraph 3 of this article, the evaluation criteria shall relate to the subject matter of the procurement. (…) 3. In addition to the criteria set out in paragraph 2 of this article, the evaluation criteria may include: (…)(b) A margin of preference for the benefit of domestic suppliers or contractors or for domestically produced goods, or any other preference, if authorized or required by the procurement regulations or other provisions of law of this State. The margin of preference shall be calculated in accordance with the procurement regulations.

9 A Diretiva 2014/24/EU é clara em acentuar a impossibilidade de qualquer discriminação de origem aos licitantes (art. 18 e 25).

preferências são previstas, por exemplo, na Legislação Chinesa, na Legislação Americana, na Legislação Argentina e na Legislação Colombiana, conforme registra expressamente a exposição de motivos da Medida Provisória nº 495, de 2010, ato normativo que trouxe à baila a margem de preferência em licitações públicas.

Tendo em vista, inclusive, essa expressa lembrança contida no documento preparatório da Medida Provisória, é de bom alvitre traçar breves considerações sobre o que a legislação desses países possui de semelhante em relação a margens de preferência.

A Lei nº 68, de 2002, da República Popular da China, traz, em seu art. 10, comando no sentido de que o governo deve, em regra, adquirir produtos ou contratar obras e serviços de produtores/servidores domésticos, podendo promover contratações de estrangeiros quando: (i) os bens ou serviços necessitados não estiverem disponíveis no território chinês, ou não estejam com preços razoáveis; (ii) o objeto contratual tiver que ser cumprido no estrangeiro; ou (iii) houver disposição em contrário em outras leis ou regulamentos administrativos. Registre-se que a própria norma possibilitou ampliar a definição de produtos, obras ou serviços domésticos, *de acordo com regulações do Conselho de Estado*[10].

Por sua vez, o famoso *Buy American Act,* formatado na década de 1930, traz modelo semelhante ao cenário chinês, mas com regramento de margem de preferência parecido com o modelo construído no Brasil. Com efeito, registra o fato de que, em regra, apenas bens produzidos ou materiais extraídos no território estadunidense podem ser adquiridos para uso governamental. São trazidos como exceções a tal regra: (i) caso a aquisição não se coadune com o interesse público; (ii) se o custo da aquisição não for razoável; (iii) caso a aquisição de bens e materiais enseje o uso fora dos Estados Unidos; (iv) caso os bens/materiais não sejam produzidos/extraídos em quantidade ou qualidade suficiente no território americano; ou (v) em casos de pequenas compras.[11]

Isso é derivado do fato de que a União Europeia subscreveu, em 1994, o acordo de compras governamentais proposto pela Organização Mundial do Comércio, tratado internacional que será abordado oportunamente neste trabalho e que infirma a construção de benefícios licitatórios derivados da nacionalidade (MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 190).

10 **The Government Procurement Law of the People's Republic of China (Order of the President No.68)**
(…)
Article 10 The government shall procure domestic goods, construction and services, except in one of the following situations:

(1) where the goods, construction or services needed are not available within the territory of the People's Republic of China or, though available, cannot be acquired on reasonable commercial terms;

(2) where the items to be procured are for use abroad; and

(3) where otherwise provided for by other laws and administrative regulations.

The definitions for the domestic goods, construction or services mentioned in the preceding paragraph shall be applied in accordance with the relevant regulations of the State Council.

11 41 U.S. Code § 8302
(a) In General.—
(1) Allowable materials.— Only unmanufactured articles, materials, and supplies that have been mined or produced in the United States, and only manufactured articles, materials, and supplies that have been manufactured in the United States substantially all from articles, materials, or supplies mined, produced, or manufactured in the United States, shall be acquired for public use unless the head of the department or independent establishment concerned determines their acquisition to be inconsistent with the public interest or their cost to be unreasonable.
(2) Exceptions.— This section does not apply—
(A) to articles, materials, or supplies for use outside the United States;
(B) if articles, materials, or supplies of the class or kind to be used, or the articles, materials, or supplies from which they are manufactured, are not mined, produced, or manufactured in the United States in sufficient and reasonably available commercial quantities and are not of a satisfactory quality; and
(C) to manufactured articles, materials, or supplies procured under any contract with an award value that is not more than the micro-purchase threshold under section 1902 of this title.
41 U.S. Code § 8303
(…) **Sec. 2. (a)** For the purposes of this order materials shall be considered to be of foreign origin if the cost of the foreign products used in such materials constitutes fifty per centum or more of the cost of all the products used in such materials.
(b) For the purposes of the said act of March 3, 1933 [probably means act Mar. 3, 1933, ch. 212, title III, 47 Stat. 1520 , see 41 U.S.C. 8301 et seq.], and the other laws referred to in the first paragraph of the preamble of this order, the bid or offered price of materials

Por sua vez, conforme a legislação, considera-se como "custo de aquisição não razoável" se o produto local seja superior a seis por cento do valor do bem ofertado por licitante estrangeiro, de sorte que se o ofertante doméstico de bens e serviços apresente uma proposta não superior a seis por cento daquele ofertado por estrangeiro, lograva êxito na disputa[12].

Vale consignar, por oportuno, que o privilégio ostentado por tais normas estrangeiras acaba sendo mais radical do que a metodologia de margem de preferências implementada no âmbito da legislação brasileira, visto que estabelece, de forma abstrata e em regra, um verdadeiro impedimento de participação, em licitações públicas, de entidades estrangeiras. Anote-se, de qualquer modo, que, na prática, há várias exceções a tal regra, como já citadas acima, bem como oriundas de acordos internacionais subscritos por tais países.

Continuando, o Direito Argentino, também expressamente referenciado na Exposição de Motivos, possui antiga tradição em promover preferências, em aquisições públicas, para produtos nacionais. Com efeito, o Decreto-Lei Argentino nº 5.340, de 1963, e a Lei nº 18.875, de 1970, já traziam comandos nesse sentido, os quais acabaram sendo suspensos pela conhecida *Ley de Emergencia Economica* (Lei nº 23.697, de 1989), editada sob os auspícios das reformas econômicas empreendidas pelo ex-presidente argentino Carlos Menem.

A atual norma que trata da matéria, a qual acabou revigorando, de forma indireta, os preceitos da anterior legislação, é a Lei nº 25.551, de 2001, formatada sob a égide do projeto *Compre Trabajo Argentino*. Destinada às contratações feitas pela Administração Pública Federal, empresas estatais e sociedades privadas prestadoras, licenciadas, concessionárias e permissionárias de serviço público (art. 1º), a legislação promove uma metodologia semelhante àquela verificada na legislação brasileira, de sorte que se outorga a preferência de aquisição para produto nacional, caso o seu preço seja inferior ao do bem qualificado como estrangeiro, acrescido de sete por cento caso seja pequena empresa, ou cinco por cento para as demais empresas (art. 3º). Consoante a normatização, entende-se como produto nacional aquele produzido ou extraído na Argentina, ou quando o custo das matérias primas, insumos ou materiais importados nacionalizados não superem quarenta por cento do seu valor bruto de produção. É importante registrar que a norma é bastante minuciosa, procurando enfrentar várias questões, desde procedimentos de recursos contra violação de disposições da lei (art. 8º) até ao tratamento a ser dado no caso de certames licitatórios realizados com recursos oriundos de organismos internacionais.

Finalmente, a Lei Colombiana nº 816, de 2013, registra que todos os entes que fazem licitação pública aplicam os benefícios outorgados pela norma, de sorte que há uma grande amplitude de organizações que promovem preferência para produtos nacionais.[13] Conforme a norma, há gradação a ser dada, na pontuação final do certame licitatório, aos licitantes que ofertem bens ou serviços nacionais[14].

---

of domestic origin shall be deemed to be unreasonable, or the purchase of such materials shall be deemed to be inconsistent with the public interest, if the bid or offered price thereof exceeds the sum of the bid or offered price of like materials of foreign origin and a differential computed as provided in subsection (c) of this section.

(c) The executive agency concerned shall in each instance determine the amount of the differential referred to in subsection (b) of this section on the basis of one of the following-described formulas, subject to the terms thereof:

(1) The sum determined by computing six per centum of the bid or offered price of materials of foreign origin.

12 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 292; MENEZES, Flávio M. & MONTEIRO, Paulo K. Por Que Favorecer Firmas Nacionais? *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 55, Out/Dez. 2001, p. 454.

13 Lembra Libardo RODRIGUEZ (RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General Y Colombiano*. 18. ed. Bogotá: Temis, 2013, p. 515) que há uma grande quantidade de *entidades estatales sometidas al estatuto* de contratação pública, abrangendo desde a administração central até a territórios indígenas e cooperativas e associações integradas por entidades territoriais.

14 **Ley 816, de 2003**

Artículo 2°. Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones

Observa-se que o engendramento da margem de preferência em nosso país foi, de certa forma, influenciado por características dessas legislações expressamente lembradas na propositura normativa. Pode-se citar, por exemplo, o fato de a confecção de preferência mediante margens ter influência direta da normatização argentina, enquanto que a lei colombiana trouxe à baila a outorga de benesses a prestadores de serviços nacionais, o que nem sempre é previsto no direito comparado.

Registre-se que, à margem dos ordenamentos jurídicos indicados no corpo da exposição de motivos da Medida Provisória nº 495, de 2010, outros países também utilizam a sistemática de margens de preferência em certames licitatórios[15].

Diante desses exemplos verificados em sede de direito comparado, a Administração Pública Federal procurou engendrar, em meandros de 2010, a estruturação de uma sistemática de contratação governamental cujo mister fosse o de fomentar a produção de bens e serviços de origem nacional.

Uma preocupação que se teve à época foi a da existência de eventual violação a comando cogente de cunho internacional. Deveras, metodologia de tal naipe qualifica evidentes efeitos nas relações econômicas entre a República Federativa do Brasil e estados soberanos. Afinal, nações estrangeiras nunca acatam de forma facilmente palatável medidas que, ao fim e ao cabo, possam influenciar a venda de bens oriundos de tais países.

Registre-se, inicialmente, que o art. 3º, item "8", "a", do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, celebrado em 30 de outubro de 1947 e ainda vigente pelo GATT 94, prevê que as disposições que impõem paridade entre produtos/serviços nacionais e estrangeiros nas transações comerciais entre os países celebrantes do acordo, são afastadas em relação a procedimentos de aquisições públicas[16].

À época, havia forte pressão estadunidense no sentido de promover a cláusula da "nação mais favorecida" também nas contratações governamentais. Sem embargo, Reino Unido e os mais diversos estados europeus tiveram recalcitrância nesse empreendimento, de sorte que tal resistência ensejou a exclusão expressa das aquisições estatais do âmbito da avença internacional[17].

Contudo, no âmbito da década de 1960 e 1970, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, em inglês) fomentou os debates multilaterais com o fito de implementar uma regulamentação internacional das contratações governamentais, de sorte a infirmar privilégios licitatórios existentes no bojo de cada Estado[18].

Advieram, assim, dois ajustes internacionais. O primeiro acordo de Contratação Governamental (*Gover-*

---

con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

15 Longe de tentar ser exaustivo, pode-se trazer à baila alguns exemplos. O art. 14 da *Ley de Adquisiciones, Arrendamentos Y servicios del sector público, de 2000*, do México, estabelece que processos licitatórios internacionais deverá possuir margem de preferencia de até quinze por cento para productos nacionais ou derivados de países com os quais o país possui acordo. Por sua vez, o art. 106 do *Public Procurement Regulations for Goods and Works* (*Act 14 of 2007*), da Nigéria, explicita a possibilidade de concessão de margem de preferência para produtores nacionais, no importe de quinze inteiros por cento para bens e sete inteiros e cinco décimos por centos para serviços. O art. 58 do *Texto Ordenado de Contabilidad Y Administración Financiera* do Uruguai acentua a aplicação de margem de preferência de oito inteiros por cento a incidir sobre bens nacionais, sobre serviços nacionais e sobre o valor da mão-de-obra nacional e dos materiais nacionais em caso de obras, devendo-se registrar, por oportuno, que o preceito foi expresso em excluir as margens nas licitações perpetradas por entidades públicas econômicas que atuem em regime de livre concorrência.

16 **(i) Art. III – GATT 1947:**

1. The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production. (…) 8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

17 McCRUDDEN, Chistopher & GROSS, Stuart. G. *WTO Government Procurement Rules and the local dynamics of procurement policies: A Malaysian Case Study*. In: The European Journal of International Law. Vol. 17. N. 1. 2006, p. 154-5.

18 McCRUDDEN, Chistopher & GROSS, Stuart. G. *WTO Government Procurement Rules and the local dynamics of procurement policies: A Malaysian Case Study*. In: The European Journal of International Law. Vol. 17. N. 1. 2006, p. 155-6.

nment Procurement Agreement – GPA) foi celebrado em 1979, enquanto que o segundo *GPA* foi estruturado em 1994.

Em linhas gerais, o *GPA 1994* configura um acordo não obrigatório aos membros da Organização Mundial do Comércio[19], mas que, no instante em que subscrito, enseja a vinculação dos países que o celebraram. O acordo é guiado pela regra da não discriminação e da nação mais favorecida, intentando, assim, evitar o emprego da sistemática de contratação pública com o fito de beneficiar específicos interesses locais[20]. Assim, na contratação pública de bens e serviços feita por um país signatário, os oriundos dos demais estados celebrantes não receberão tratamento menos favorável do que os nacionais.

Observa-se, portanto, que o *GPA 1994* enseja uma evidente diminuição do uso da sistemática de aquisição governamental com o fito de promover políticas públicas[21] e, por isso, acabou obtendo um pequeno número de aderentes, no número de 44 partes[22].

Sem embargo, muitos dos países celebrantes afastaram a sua aplicação para determinadas situações. Os Estados Unidos trouxeram várias derrogações (*Annexs*), extremamente detalhadas, chegando ao ponto de afastar os comandos do *GPA 1994* a contratações realizadas pela companhia estatal responsável por portos e aeroportos da região metropolitana de Nova Iorque (Notas aos Anexo 3, item 2). Afastou, por exemplo, a incidência do *GPA 1994* em aquisições no setor de defesa (Anexo I, item 4), bem como em contratações pertinentes ao serviço de pesquisa e desenvolvimento (Anexo 5, item 2, "d"), além de prever expressamente a manutenção dos benefícios a pequenos empreendedores previstos pela legislação local (Anexo 7, item 1).

Por sua vez, o Japão também fez restrições à aplicabilidade integral do *GPA 1994*. Registrou, por exemplo, que o acordo não afastaria os privilégios existentes na legislação local para cooperativas ou pequenas associações (Anexo 1, item 3), bem como os preceitos legais que beneficiassem companhias estatais vinculadas com os órgãos licitantes (Anexo 2, item 4). Consignou-se, ainda, o fato de que licitações relacionadas com produção ou distribuição de energia elétrica não estariam sob a égide do acordo (Anexo 2, item 6).

O pequeno número de partícipes do acordo, somado a esse grande número de derrogações, evidencia as dificuldades que os Estados possuem em afastar o uso da sistemática de contratação governamental com o fito de perseguir políticas públicas[23]. Com efeito, não se pode furtar de anotar que há uma tendência estatal de manter-se uma margem de atuação (*policy space*) no cenário de aquisição administrativa com o viés de política pública[24].

A República Federativa do Brasil não subscreveu o acordo de compras governamentais proposto pela OMC, de sorte que a sistemática das margens de preferência não enseja violação a comando oriundo de ajuste internacional.

Feito esse introito, consigna-se que as primeiras versões do ato normativo que ensejou as margens de

19 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 201; McCRUDDEN, Chistopher. *Buying Social Justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford University Press, 2007, p. 280.

20 Essa lógica está explicitada, em geral, no art. 3º do Acordo.

21 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 201; McCRUDDEN, Chistopher & GROSS, Stuart. G. *WTO Government Procurement Rules and the local dynamics of procurement policies: A Malaysian Case Study*. In: The European Journal of International Law. Vol. 17. N. 1. 2006, p. 175.

22 Armênia, Canadá, União Europeia (28 estados membros), Hong Kong (e não a China), Islândia, Israel, Japão, Coreia do Sul, Liechtenstein, Montenegro, Aruba, Nova Zelândia, Noruega, Cingapura, Suiça, Formosa e Estados Unidos.

23 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 201.

24 NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento.In: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.
12, n. 2, 2014 p. 191-209.

preferências foram produzidas dentro do âmbito do Poder Executivo Federal, com participação direta da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE) e do então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC). Já que ficaria evidente o uso da contratação governamental como ferramenta de política pública, entendeu-se, naquele instante, a necessidade de modificar o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a fim de que se declarasse o uso da contratação pública como meio de *promoção do desenvolvimento nacional*, ao lado dos tradicionais objetivos licitatórios acatados (defesa da isonomia e obtenção da proposta mais vantajosa).

Após a confecção do anteprojeto de ato normativo, foi editada a Medida Provisória (MPV) nº 495, de 19 de julho de 2010.

A tramitação da referida MPV na Câmara de Deputados durou cerca de quatro meses, sendo relator o Deputado Severiano Alves (PMDB-BA). Houve a apresentação de 33 emendas à MPV, recebendo assim grande atenção dos deputados federais.

Nessa casa parlamentar, as modificações de relevo concernentes à sistemática foram: (i) a modificação do objetivo licitatório "promoção do desenvolvimento nacional" para "promoção do desenvolvimento nacional sustentável"; (ii) a necessidade de publicação, na Internet, da relação das sociedades empresárias favorecidas pelas margens de preferência, bem como do volume de recursos por elas auferidos; (iii) modificou-se a redação do preceito que afasta a margem de preferência "quando a capacidade de produção de bens ou de prestação de serviços for inferior à demanda, optando-se por uma redação alternativa, que deixa claro que a verificação da capacidade de produção ou prestação de serviço deve ser avaliada para cada um dos itens a serem licitados*"* (trecho do Relatório); (iv) a exclusão da extensão da margem de preferência a bens e serviços originários de outros países por meio de acordos internacionais; e (v) ampliou-se o rol de assuntos que os estudos que subsidiam as margens de preferência deveriam enfrentar.

No Senado, a tramitação foi extremamente rápida, transcorrendo em poucos dias no mês de Novembro de 2010, de sorte que no dia 30 de novembro de 2010 foi encaminhado o autógrafo do Projeto de Lei de Conversão e, assim, no dia 15 de dezembro, o projeto foi sancionado, tornando-se a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Uma preocupação apontada à época da edição da MPV seria a constitucionalidade formal do expediente. Afinal, o art. 22, XXVII, da Constituição Federal tinha sido modificado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998[25], o que poderia trazer à baila o comando previsto no art. 246 da Constituição Federal[26], que impede o uso de Medida Provisória para dispor sobre preceito constitucional alterado durante o espaço temporal lá previsto.

Sem embargo, é de se registrar que o referido dispositivo constitucional foi modificado apenas para dispor que estatuto específico disciplinará o itinerário de contratação das empresas estatais. Somente neste âmbito é que se veda o uso de medida provisória, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal (vide, por exemplo, RE 487475), que já sufragou a exegese de que é possível que medida provisória trate de assunto referente a preceito constitucional que sofreu alteração durante o período constante no art. 246 da Constituição Federal, desde que não aborde a matéria objeto da modificação constitucional.

---

25 Art. 22, XXVII, da Constituição Federal, em sua redação original: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.
Redação dada pela EC nº 19, de 1998: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

26 Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Não haveria problema, portanto, no uso de medida provisória para normatizar a matéria.

Recapitulando a construção da sistemática, já explicada superficialmente no âmbito introdutório da presente dissertação, a margem de preferência será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: (i) geração de emprego e renda; (ii) efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (iv) custo adicional dos produtos e serviços; e (v) em suas revisões, análise retrospectiva de resultados[27]. Após a elaboração dos estudos iniciais e deliberação internas no bojo do Poder Executivo Federal, edita-se um decreto, o qual explicita o valor da margem de preferência, comum e adicional, bem como se estabelece a sistemática de apresentação dos documentos necessários para comprovação a origem dos produtos. O decreto também prevê o período de aplicação das margens de preferências a incidirem em licitações públicas ocorridas durante tal vigência.

Sob a égide de tal parâmetro, foram editados 23 decretos estabelecendo margens de preferência para inúmeras espécies de bens nacionais.

1.2. As espécies de margem de preferência.

O âmbito introdutório da presente dissertação delineou a existência originária de duas espécies de margens de preferência em certames licitatórios, a margem de preferência ordinária e a margem de preferência adicional. Outrossim, adveio recentemente uma terceira margem de preferência, qual seja, incidente para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Este ponto do capítulo procurará detalhar as razões que levaram à instituição de cada uma das referidas margens.

A primeira espécie de margem de preferência, denominada normativamente como margem de preferência normal[28], tem o condão de consubstanciar o diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais.

Consoante a sistemática engendrada nos vários parágrafos contidos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, incluídos pela legislação já citada, essa margem de preferência pode ser de até 25% por cento. Assim, em situação hipotética, após as disputas de propostas/lances em um certame licitatório, fornecedor de um produto reputado normativamente como estrangeiro explicita que o seu bem vale 100 unidades monetárias (u.m.). Caso a margem de preferência seja de 20%, o fornecedor de um produto reputado normativamente como nacional logrará êxito no certame caso o preço do bem ofertado seja de até 120 u.m.

Em geral, a construção de benefícios licitatórios com espeque em origem tem sustentáculo em argumentos não condizentes com o primado da eficiência econômica, mas embasado em valores outros[29]. A realidade brasileira inclusive tende a seguir tal premissa, conforme argumentação exposta à frente. Sem embargo, convém anotar que doutrina econômica acentuou a coerência de margem de preferência com eficiência alocativa.

Com efeito, o lastro teórico para engendramento da sistemática é a teoria econômica dos leilões[30], uti-

27 Art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993.

28 Art. 2º, I, do Decreto nº 7.546, de 2012.

29 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 292.

30 Conforme se visualiza na análise dos diversos estudos que subsidiaram o valor de margens de preferência estruturados em inúmeros decretos. Detalhes sobre tais estudos serão tecidos no decorrer da presente dissertação.

lizando-se da lógica da informação assimétrica[31] existente entre o tomador de bens/serviços (no caso, o órgão licitante) e o licitante, bem como entre os próprios licitantes, acerca dos custos reais para oferta pelo particular do objeto em disputa no certame.

Delineando melhor tal premissa, cada licitante tem determinado custo de produção do objeto de uma licitação. Em um modelo ideal, esse custo é delineado por inúmeros fatores, desde o modelo tributário incidente sobre a produção do licitante, passando pelo tamanho da entidade (e consequentes efeitos da economia de escala) e chegando à própria competência produtiva.

Por sua vez, em face dos efeitos das vantagens comparativas[32], a influência do país onde ocorre a produção dos bens ofertados em determinado certame pode ser fator decisivo para que existam diferenças de custos entre licitantes[33].

Assim, mesmo se partindo da premissa de que cada licitante só consiga fazer uma previsão de seus próprios custos, não tendo como saber exatamente a planilha do concorrente, não é irrazoável vaticinar que licitantes que estejam em uma cadeia produtiva estrangeira possam ter custos bastante inferiores ao dos produtores nacionais.

No cenário acima, a aplicação de um certame licitatório sem qualquer privilégio de origem poderia ensejar um aviltamento da competividade, já que os fornecedores de bens/serviços nacionais não se sentiriam motivados em participar da disputa, mercê da tendência de fracasso. Isso ensejaria, por sua vez, uma propensão de atuação menos incisiva de licitantes que ofertem bens/serviços estrangeiros, de sorte que os preços apresentados por tais participantes tenderiam a ser maiores.

Segundo, assim, essa premissa, a construção de uma margem de preferência, com o fito de privilegiar os ofertantes de bens/serviços nacionais que gozam potencialmente de custos maiores, procurando, assim, modular as diferenças de custos com os licitantes de bens/serviços estrangeiros, ensejaria que estes últimos atuassem de forma mais agressiva, apresentando lances mais próximos da sua capacidade.

Ao fim, essa sistemática teria o condão de possibilitar uma aquisição mais módica pelo Poder Público[34]. Seguindo a lógica de cunho econômico: (i) o uso de margem de preferência não estimularia a concorrência em mercados extremamente competitivos, com custos semelhantes entre licitantes de bens/serviços nacionais e estrangeiros[35]; (ii) o governo poderia estruturar margem de preferência para ofertantes de bens/serviços estrangeiros, caso os custos destes fossem superiores aos dos licitantes de bens/serviços nacionais[36]; (iii) a sistemática de margem de preferência é mais eficiente do que a exclusão pura e simples de licitantes estrangeiros, o que ensejaria fatalmente uma diminuição da competividade licitatória[37]; e (iv) é manifestamente incongruente com a eficiência econômica a margem de preferência generalizada, já que dificilmente um país teria desvantagens comparativas em todos os setores econômicos.[38]

---

31 "A informação assimétrica ocorre quando as pessoas têm diferentes níveis de conhecimento sobre as circunstâncias de uma negociação" (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*.São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 269).

32 Tais como o modelo tributário, a escala da produção, o tamanho da economia, a facilidade de obtenção de financiamentos.

33 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 293.

34 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 292; MENEZES, Flávio M. & MONTEIRO, Paulo K. Por Que Favorecer Firmas Nacionais? *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 55, Out/Dez. 2001, p. 456.

35 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 297.

36 MENEZES, Flávio M. & MONTEIRO, Paulo K. Por Que Favorecer Firmas Nacionais? *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 55, Out/Dez. 2001, p. 456.

37 McAFEE, R. Preston & McMILLAN, John. Government Procurement and International Trade. *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 303-4.

38 MENEZES, Flávio M. & MONTEIRO, Paulo K. Por Que Favorecer Firmas Nacionais? *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 55, Out/Dez. 2001, p. 456. Registra-se que se pretendeu, por intermédio do Projeto de Lei de Conversão nº 18, de 2014 (MPV nº 656, de 2014), estender-se, de modo irrestrito, a margem de preferência a todos os produtos manufaturados nacionais ou serviços

Sem embargo, pela visão econômica, a sistemática da margem de preferência não é construída tão somente com o fito de obter eficiência, mediante a diminuição dos recursos despendidos pelo Poder Público.

Com efeito, há a possibilidade de que a metodologia de preferência em disputas licitatórias tenha preocupações eminentemente distributivas, a fim de engendrar efeitos sistêmicos no âmbito econômico interno, derivados da interdependência inata entre os mais diversos campos da economia nacional[39]. Diante dessa premissa econômica, mesmo na falta de vantagem comparativas de custos, pode haver o caráter discriminatório em favor do licitante de bem nacional, mercê do fato de que os lucros estrangeiros não ficam canalizados internamente na economia[40].

Finalmente, existe a sustentação doutrinária de englobar essas duas preocupações, a fim de que a margem de preferência, além de equalizar as diferenças competitivas de custos entre os licitantes de bens/serviços nacionais e os congêneres estrangeiros, engendre necessariamente consequências positivas ao bem estar social. Seriam considerados, portanto, no mesmo modelo, argumentos de cunho de eficiência e fundamentos de caráter distributivo[41].

A segunda espécie de margem de preferência é a adicional, cumulativa com a margem de preferência comum, compreendida como o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais[42].

Como se vê, a margem de preferência adicional estaria vinculada com a autonomia tecnológica, valor previsto expressamente no corpo constitucional (art. 219), com o fito de incentivar o processo autóctone de inovação.

Com efeito, políticas de inovação objetivam promover um processo mais eficiente de uso e construção de novos bens, processos, serviços e modelos organizacionais[43], no afã de permitir a oferta de produtos e serviços mais qualitativos ao mercado, utilizando-se, contudo, de menos recursos.

A importância do processo de inovação no desenvolvimento econômico de um país é algo inconteste na doutrina específica. Não por acaso, consigna-se que o principal responsável pelo impulso da riqueza estadunidense durante a segunda metade do século vinte foi o processo de inovação na cadeia produtiva[44]. O processo de inovação estrutura uma circulo virtuoso no cenário econômico, com avanço da produtividade e do nível de vida da população, mercê da tendência de diminuição dos custos dos bens e serviços a serem produzidos/prestados.

O avanço tecnológico ocorrido no século XX infirmou consideravelmente "as distâncias entre os países", de sorte que a arena de disputa dos ofertantes de bens e serviços ampliou-se consideravelmente. Dessa forma, o Estado acabou sendo um instrumento de indução ao processo de inovação em vários países, em

---

nacionais. Essa pretensão seria incluída pelo art. 127 da referida propositura legislativa, a qual acabou sendo vetada por interesse público, sob o pálio exatamente de que o uso de modo irrestrito da margem não seria adequado.

39 BRANCO, Fernando. Favoring domestic firms in procurement contratcs. *Journal of International Economics*, vol. 37, 1994, p. 65-80.

40 BRANCO, Fernando. Favoring domestic firms in procurement contratcs. *Journal of International Economics*, vol. 37, 1994, p. 65.

41 NAEGELEN, Florence & MOUGEOT, Michel. Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives. *Journal of International Economics,* vol. 67, 1998, p. 351.

42 Art. 2º, II, do Decreto nº 7.546, de 2011.

43 EZELL, Stephen J. & ATKINSON, Robert D. *The Good, the Bad and the Ugly (and the Self Destructive) of Innovation Policy: A policymaker´s guide to crafting effective innovation policy*. Washington: ITIF, 2010, p. 11.

44 EZELL, Stephen J. & ATKINSON, Robert D. *The Good, the Bad and the Ugly (and the Self Destructive) of Innovation Policy: A policymaker´s guide to crafting effective innovation policy*. Washington: ITIF, 2010, p. 13; ARBIX, Glauco. Mecanismos sutis: tecnologia e crescimento econômico. *Novos estudos – CEBRAP*. N. 77. São Paulo: Scielo. Março-2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002007000100003&
script=sci_arttext. Acesso em: 19/10/2015.

especial no sudeste asiático[45], a fim de que os agentes econômicos dessas entidades políticas obtivessem maior êxito nesse circuito global de competição.

A inovação, pois, constitui um processo contínuo, não intermitente. O constante aprimoramento dos processos de conhecimento, de capacidade tecnológica e de meios de produção é condição imprescindível para a própria manutenção do *status quo* econômico: a não priorização dessa ferramenta enseja uma perda relativa de posição na arena mundial[46], no mesmo sentido da mensagem constante no excerto que inicia o presente capítulo.

E, por isso, o Brasil intenta engendrar políticas de incentivo à inovação tecnológica. Dentre as mais diversas plataformas, podem-se citar sistemáticas de pesquisa cientifica e tecnológica previstas pela Lei nº 10.973, de 2004 ou benefícios tributários outorgados a entidades que invistam em pesquisa e desenvolvimento[47].

Coerente com esse primado, a sistemática da margem de preferência adicional tem o condão de privilegiar produtores de bens e serviços que empreguem processos de inovação tecnológica realizados no país. A inovação engendraria, segundo esse prisma, uma ampliação do marco de produtividade, com consequências diretas nos futuros preços dos bens e serviços.

Para fins de estruturação de cada decreto de margem de preferência, os Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e da Indústria, Comércio Exterior e Serviços[48] estabelecerão os requisitos e critérios para verificação dos produtos e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (art. 3º, §5º, do Decreto nº 7.546, de 2011).

De qualquer sorte, a margem de preferência adicional é cumulada com a margem de preferência comum, não podendo o conjunto superar o limite de vinte e cinco inteiros por cento, em relação à proposta mais bem classificada ofertada por licitante de bem/serviço normativamente estrangeiro, conforme o art. 3º, §8º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Finalmente, delineou-se no decorrer da presente dissertação que a sistemática de margens de preferência foi recentemente modificada, por intermédio da Lei nº 13.146, de 2015, conhecida como *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, a fim de que, nos processos licitatórios, possa haver o estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Com efeito, o indigitado Estatuto está fulcrado na "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo", promulgado em Nova Iorque em 2007, e que foi aprovado pelo Congresso Nacional com o rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal[49], de sorte que se encontra tal ajuste internacional no bloco de constitucionalidade brasileiro.

Assim, o art. 27, "1", alínea "h", do Decreto nº 6.949, de 2009, determina que os Estados Partes concretizem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, a partir da adoção de medidas apropriadas para tal mister, com vistas a "promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas

45 ARBIX, Glauco. Mecanismos sutis: tecnologia e crescimento econômico. *Novos estudos – CEBRAP*. N. 77. São Paulo: Scielo. Março-2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002007000100003&script=sci_arttext. Acesso em: 19/10/2015.

46 Fazer analogia com a epigrafe

47 SALERNO, Márcio Sergio & KUBOTA, Luiz Claudio. Estado e Inovação. In: *Políticas de incentivo à inovação tecnológica*. NEGRI, João Alberto de & KUBOTA, Luiz Claudio (Organizadores). Brasília: IPEA, 2008, p. 35.

48 Atuais denominações, em face da Medida Provisória nº 726, de 2016, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

49 Constituição Federal. Art. 5º, §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional por dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas*"*.

Dessa forma, a modificação perpetrada na sistemática da margem de preferência vai ao encontro do aludido comando normativo, que goza de *status* constitucional.

O *Estatuto da Pessoa com Deficiência* consolidou, em certo ponto, toda uma série de políticas públicas sufragadas com o fito de tutelar os direitos das pessoas com necessidades especiais. Não se pode olvidar que a legislação brasileira é profícua em outorgar direitos a portadores de deficiências, tais como, por exemplo, a gratuidade no transporte público ou reservas em seleções para ocupantes de cargos públicos efetivos.

Examinando, doravante, a literalidade do art. 3º, §5º, da Lei 8.666, de 1993, com a redação dada pela novel legislação, extrai-se a premissa de que a margem de preferência que beneficie licitantes que satisfaçam as condicionantes de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação, deve também atender ao disposto no inciso I do aludido parágrafo, isto é, fornecer produtos ou serviços nacionais coerentes com as disposições existentes em cada decreto específico.

Com efeito, os incisos constantes no referido parágrafo ostentam um privilégio cumulativo ("e") e não alternativo ("ou"), de sorte que se reputa incabível a construção de margens de preferência que beneficiem exclusivamente licitantes que comprovem os requisitos já delineados acima, pertinentes a pessoas com deficiência, sem que haja a construção, no mínimo, da margem de preferência comum disposta acima[50].

Por sua vez, concernente aos próprios requisitos expostos no inciso II do referido art. 3º, §5º, da Lei 8.666, de 1993, é de se anotar que a Lei nº 8.213, de 1991, em seus arts. 89 a 93, traz várias disposições relacionadas com a proporção do número mínimo de empregados portadores de deficiência com o porte da sociedade empresária, bem como o processo de reabilitação de empregados. Por sua vez, todo o título III da Lei nº 13.146, de 2015 (arts. 53 a 62) dispõe acerca da acessibilidade, com ampla normatização acerca da matéria.

Assim, é de se entender que cada decreto que disporá sobre margens de preferência, fulcrado nos estudos técnicos que delineiem a necessidade de emprego da margem de preferência comum (e adicional, conforme o caso), também detalhará a forma de cumprimento dessa terceira espécie de margem de preferência. Registre-se que, até o presente momento, não há decreto que se refira a esta terceira modalidade de margem de preferênca.

1.3. O procedimento para implementação dos decretos das margens de preferência

Como se extrai da literalidade do art. 3º, §5º, da Lei 8.666, de 1993, a sistemática de margens de preferência não goza de eficácia imediata, necessitando de regulamentação específica para fins de sua viabilização[51].

O Decreto nº 7.546, de 2011, teve como finalidade disciplinar os aspectos básicos de elaboração das margens de preferência em aquisições públicas, dispondo expressamente, em seu art. 3º, *caput*, que nas licitações no âmbito da Administração Pública Federal, será assegurada, na forma prevista em regulamentos específicos, margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais.

Dessa forma, percebe-se que cada regulamentação específica, formatada via decreto, estabelecerá as margens de preferência, delineando os requisitos que devem ser satisfeitos, com a finalidade de gozar dos

50 Em aparente sentido contrário: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações inclusivas: os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) nas contratações públicas*. Portal Direito do Estado. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/licitacoes-inclusivas-os-impactos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-13-146-2015-nas-contratacoes-publicas. Acesso em: 01/03/2016.

51 FERREIRA, Daniel. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 107. O Tribunal de Contas da União também possui o mesmo entendimento (Acórdão TCU nº 1550/2013-Plenário).

benefícios trazidos pelo texto normativo.

O art. 3º, § 1º, do Decreto nº 7.546, de 2011, explicita que, para fins de incidência das margens de preferência, entende-se como administração pública federal, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Por sua vez, quem tem a atribuição de estabelecer as margens de preferências é o Poder Executivo Federal, conforme a literalidade do art. 3º, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993. Partiu-se, pois, da premissa, que apenas o Poder Executivo Federal possui o mister de estipular margens de preferência[52], mercê do fato de há todo um contexto constitucional em que atribui à União o encargo de implementar planos nacionais de desenvolvimento (art. 21, IX; art. 22, VIII; entre outros dispositivos).

Afinal, já que um dos fundamentos constitucionais que ampara a margem de preferência é o art. 219 da Constituição Federal[53], que registra expressamente que o mercado interno integra o patrimônio nacional, nada mais razoável que a atuação governamental com o fito de fomentar determinado setor econômico seja parametrizado de forma centralizada e única, a fim de evitar que Estados, por exemplo, estabeleçam margens de preferência dissonantes daquelas efetivadas pela União[54].

Dessarte, aprioristicamente uma margem de preferência estabelecida pelo Poder Executivo Federal deveria ser observada em todas as licitações nacionais, inclusive por órgãos do Poder Judiciário e Legislativo, independentemente da esfera estatal. Uma consequência jurídica da operacionalização da margem de preferência, contudo, acaba prejudicando essa automática influência. Com efeito, como a margem de preferência possui eficácia mediante um decreto federal, seria de duvidosa constitucionalidade, por ofensa ao princípio federativo e ao da separação dos poderes, uma vinculação obrigatória do Poder Judiciário Federal, ou de órgãos do Distrito Federal, por exemplo, em relação a mandamentos de uma norma regulamentar exarada pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

Essa foi a razão pela qual adveio a faculdade prevista pelo art. 3º, § 2º, do Decreto nº 7.546, de 2011, a qual, além de qualificar uma premissa hermenêutica de que apenas o Poder Executivo Federal poderia estabelecer margem de preferência, salvaguarda os primados do Federação e da separação dos poderes, quando acentua que os estados, o Distrito Federal, os municípios e os demais poderes da União poderão (não sendo, pois, obrigados) adotar as margens de preferência estabelecidas pelo Poder Executivo federal

No mais, registre-se que ao contrário do que se observa, por exemplo, na normatização argentina, não há obrigação de que instituições que, sem embargo de sua relação mediata com a organização estatal, não sejam órgãos ou entidades da Administração Pública apliquem margens de preferência em suas aquisições. Isso se observa, por exemplo, no tocante às concessionárias de serviço público (que nem licitações são obrigadas a fazer), ou a entidades do "Sistema S".

Continuando, registra-se que o art. 3º, §5º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, reza que as margens de preferências serão incidentes para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

As normas técnicas configuram uma sistematização de procedimentos, estabelecidos de forma consensual, para realização de determinada atividade, produção de específico bem ou estruturação de singular prestação de serviço. A praxe mundial é de que a normalização seja promovida por instituições à margem

52 BARBOSA, Denis B. Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei 12.349/2010. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf. Acesso em: 30/04/2015).

53 Conforme consideração mais a frente.

54 Não se pode furtar de consignar a existência de entendimento distinto (FERREIRA, Daniel. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 110-1) no afã de permitir que Estados e Municípios promovam margens de preferência específicas.

do mecanismo estatal, mercê da flexibilidade derivada desse cenário[55].

Não por acaso, a entidade responsável pela normalização no mundo é a *International Organization for Standardization* (ISO), um órgão privado, e não um organismo com personalidade jurídica de direito internacional. Assim, as orientações derivadas desse órgão acabam sendo observadas dentro da esfera de cada estado soberano, não por força de vinculação jurídica formal, mas com espeque no módulo de *peso* de aceitação/relevância do preceito orientador, apegando-se assim à regra de reconhecimento sustentada outrora por Herbert HART, no sentido de que o prestígio da entidade orientadora enseja uma vinculação factual de todos[56].

Em nosso país, a instituição que representa a ISO é a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), fundada em 1940. Sem embargo da sua extrema importância no contexto nacional, é de se anotar que a ABNT não possui exclusividade no tocante à normalização, já que a Lei nº 5.966, de 1973, instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e outorgou ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), autarquia federal, o mister de promover a normalização industrial.

Feita esse breve descrição sobre a estruturação de normas técnicas em nosso país, é de se anotar que a previsão disposta no art. 3º, §5º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, qual seja, de que as margens de preferências são outorgadas para produtos e serviços nacionais que sigam normas técnicas brasileiras, não traz em si qualquer benefício direto aos destinatários.

Afinal, consoante a própria legislação anterior à formatação das margens de preferências, em geral apenas bens e serviços que sigam normas técnicas brasileiras é que podem ser objeto de transações comerciais em nosso país. É a ilação que se extrai, por exemplo, do disposto no art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual veda o fornecimento, no mercado de consumo, de bens e serviços em dissonância com normas expedidas por órgãos oficiais competentes ou, de forma subsidiária, com normas exaradas pela ABNT. Outros preceitos legais induzem tal cenário[57].

Deveras, o que engendra efetivamente o benefício licitatório não é, pois, a observância de normas técnicas brasileiras, mas as regras de origem dispostas pela legislação. A própria norma modificadora da Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 12.349, de 2012, procurou trazer conceituações normativas de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais (art. 6º, XVII e XVIII, da Lei nº 8.666, de 1993), quais sejam:

> **(a) Produtos manufaturados nacionais**: produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal.
>
> **(b) Serviços nacionais**: serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal.

É de bom alvitre observar que a lei estabeleceu que a referência de um produto manufaturado ou serviço nacional seja definida pelo Poder Executivo Federal. Isto é, em cada decreto que implante a margem de preferência, há uma especificação do que deva ser compreendido, no caso concreto, como produto manufaturado nacional ou serviço nacional. Nada obstante, impende lembrar que a lei já estabeleceu, desde já, que

---

55 Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). História da normalização brasileira. Rio de Janeiro: ABNT, 2011, p. 30.

56 Kingsbury, B. *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, The European Journal of International Law. Vol. 20. 2009/1, p. 30. D´ASPREMONT, Jean. *Droit Administratif Global et Droit International*. In: In: BORIES, Clémentine (dir.) Un droit administratif global? A Global Administrative Law? Paris: Éditions Pédone, 2012, p. 91. Registre-se ainda que "uma relevante característica desses novos centros de poder está na sua formação espontânea, o que vale dizer que a impositividade de suas normas não resulta da existência de uma ou de várias entidades dotadas de soberania que as garantam, mas depende apenas da existência de consenso instituidor das partes interessadas, visando dar existência a um novo ordenamento que venha dotado das regras específicas de que necessitem os que a eles recorram". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação**.** *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 267. Rio de Janeiro: set/dez. 2014, p. 72).

57 O art. 3º, "d" da Lei nº 5.966, de 1973, atribui ao CONMETRO o mister de estabelecer normas referentes a materiais e produtos nacionais. Por outro lado, uma disposição bastante antiga (art. 1º da Lei nº 4.150, de 1962) já denotava a ilação de que apenas bens e serviços que sigam regras de normalização deveriam ser adquiridos pela Administração Pública.

produto manufaturado nacional pode ser aquele produzido no território nacional de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB).

Com efeito, o PPB foi criado pela Lei nº 8.387, de 1991, com o fito de se tornar um benefício tributário federal, pressupondo que determinadas etapas fabris mínimas sejam realizadas internamente com o fito de gozar da benesse fiscal estabelecida legalmente, em especial a redução de alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O legislador federal apegou-se, pois, à sistemática já existente, para utilizá-la no âmbito das margens de preferência.

Assim, caso se crie uma margem de preferência para determinada espécie de produto manufaturado, por exemplo, o licitante que goze da portaria que o enquadre dentro do PPB previsto normativamente possuirá direito ao benefício da margem de preferência no certame licitatório.

Outrossim, a legislação prevê que, além do uso do PPB, produtos manufaturados e serviços nacionais seriam qualificados conforme regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal.

Por sua vez, todos os decretos já editados estabeleceram a regra de a margem de preferência normal ser aplicada apenas aos produtos manufaturados nacionais que sigam regra de origem estabelecidas em ato do Ministro do Estado da Indústria, Comercio Exterior e Serviços (então Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior).

Para atender a tal desiderato, editou-se a Portaria MDIC nº 279, de 2011, com modificações posteriores (contemporâneas às edições dos respectivos decretos), que dispõe sobre o regime de origem no âmbito das margens de preferências. Dentre as regras, sobressai-se a normatização que prevê um percentual mínimo da nacionalização dos insumos dos respectivos produtos manufaturados.

Exemplificando, o Decreto nº 7.756, de 2012, estabeleceu margem de preferência de 20% (vinte inteiros por cento) para calçados nacionais (Código TIPI 6404.11.00 do Anexo I do Decreto). Por sua vez, a referida Portaria dispõe que o calçado será considerado nacional se o valor dos materiais importados que subsidiem a confecção do indigitado produto não superar 40% (quarenta inteiros por cento) do valor do bem.

Assim, durante o deslinde licitatório, o licitante que oferte produto manufaturado nacional declarará o cumprimento das regras de origem dispostas na referida portaria, gozando, assim, da margem de preferência outorgada pelo respectivo decreto.

De qualquer modo, a incidência da margem de preferência em um certame específico pressupõe todo um itinerário de estruturação da aludida margem: (i) a elaboração dos estudos técnicos previstos no art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993; (ii) deliberação da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP); (iii) a elaboração da minuta de Decreto, previsto no art. 3º, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993; (iv) a confecção de parecer jurídico pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e (v) o encaminhamento da minuta de Decreto à Casa Civil da Presidência da República, para fins de assinatura (art. 8º, §7º, do Decreto nº 7.546, de 2011)

Como primeiro passo, é imprescindível a elaboração dos estudos técnicos que subsidiam a proposição das margens de preferência. Esses estudos são feitas por entidades contratadas pela Administração Pública Federal (muito desses estudos, por exemplo, foram feitos pela Fundação Getúlio Vargas). Conforme dispõe o art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993, tais estudos são revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, e devem levar em consideração fatores de cunho distributivo (tais como geração de emprego e renda e efeitos arrecadatórios) e de eficiência econômica (desenvolvimento e inovação tecnológica no país, bem como o custo adicional dos produtos e serviços)[58].

Esses estudos técnicos serão elaborados a partir de informações oficiais, com fundamento em métodos de reconhecida confiabilidade técnica, podendo-se utilizar, de maneira complementar, informações de outras fontes, de reconhecida idoneidade e especialização técnica (art. 8º, § 2º, Decreto nº 7.546, de 2011). Tais

58 Essa dupla abordagem da margem de preferência será melhor explorada no capítulo segundo.

estudos recomendam um valor de margem de preferência, correspondente aos consectários esperados da margem de preferência sobre os respectivos fatores de cunho distributivo e de eficiência econômica.

Acerca da metodologia que engendra o necessário nexo entre a incidência da margem de preferência e os efeitos de caráter distributivo indicados legalmente[59], observa-se que os mais diversos estudos que subsidiariam a construção das margens de preferência indicaram o mecanismo econômico da *matriz insumo-produto*[60].

A matriz do insumo-produto configura uma ferramenta de contabilidade social que evidencia a correlação entre os mais diversos setores econômicos, a fim de traçar a correspondência entre o impacto nas modificações de demandas de específica seara e os respectivos setores interligados, servindo, pois, como relevante instrumento para análise sobre os efeitos multiplicadores de renda e emprego.[61]

O cálculo da matriz de Insumo-Produto no Brasil é feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que, por meio de cálculos econométricos, delineia a interligação setorial da economia nacional, identificando os diversos fluxos de produção de bens[62].

Mediante os dados indicados pelo IBGE, e com espeque na estimativa de valores das licitações que existiriam no decorrer da previsão de vigência do futuro decreto, os estudos indicam os impactos da margem sobre a atividade econômica, trazendo conclusivamente a avaliação do custo-benefício da medida.

Em seguida à edição dos estudos, há a deliberação da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), comissão com atribuições específicas atinentes à proposição e ao acompanhamento da aplicação da margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais (art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.546, de 2011).

A CI-CP (art. 9º do Decreto nº 7.546, de 2011) é integrada pelos ministros de estado: da Fazenda, que a presidirá; do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; da Ciência e Tecnologia; e das Relações Exteriores. Cada ministério poderá indicar um suplente, devendo este ocupar cargo de Secretário, Diretor ou equivalente nos respectivos ministérios (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 7.546, de 2011). A SPE exercerá a função de Secretaria-Executiva da CI-CP (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 7.546, de 2011).

---

59 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo.7 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 496.

60 Os estudos procuraram indicaram esse primado econômico. Com o fito de demonstrar tal premissa, cita-se, por exemplo, parte do teor da exposição de motivos do Decreto nº 7.756, de 2012, que estabeleceu margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos:

13. Para avaliação dos impactos diretos e indiretos da aplicação da margem de preferência sobre a produção e cumulatividade tributária, foi realizada análise insumo-produto, arcabouço metodológico que tem como base um conjunto de dados oficiais produzidos pelo IBGE, quais sejam: Sistema de Contas Nacionais, Matriz Insumo-Produto, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio e Pesquisa de Orçamentos Familiares. A partir dos resultados, foi possível determinar os impactos sistêmicos de uma variação na demanda gerada pela realização de compras governamentais com aplicação de margem. O cálculo da cumulatividade tributária expressou a proporção do preço dos produtos que é convertida em tributação direta e acumulada. (...)

17.O impacto sobre as variáveis econômicas e sociais, a partir da aplicação de uma margem de 22,4%, foi simulado a partir de uma compra hipotética de R$ 1 bilhão. De acordo com a metodologia adotada, o resultado foi de R$ 641 milhões sobre o valor da produção nacional, correspondendo a R$ 328 milhões adicionais no PIB e 15.140 empregos gerados durante o período de produção. No quesito arrecadação tributária, o adicional foi calculado em R$ 56 milhões. Adicionalmente, ao analisar o impacto dos tributos incidentes sobre bens importados e aqueles produzidos internamente, o estudo calculou em 7,1% a cumulatividade ao longo da cadeia produtiva dos impostos não-recuperáveis por meio de compensação tributária.

18.De acordo com o estudo da FGV, os impactos econômicos associados à margem de preferência são crescentes e substanciais, caracterizando-se como evidências empíricas importantes no que tange à importância do instrumento de política pública para todo o sistema produtivo, sem que fique restrito ao setor beneficiado. Ademais, como as compras governamentais são recorrentes, os impactos econômicos associados às políticas de margem se somam e podem ter efeitos importantes sobre a capacidade de crescimento econômico no longo prazo.

61 CARVALHEIRO, Nelson. Observações sobre a elaboração da matriz insumo-produto. *Pesquisa & Debate*. Vol. 9. Número 2. 1998, p. 140.

62 CARVALHEIRO, Nelson. Observações sobre a elaboração da matriz insumo-produto. *Pesquisa & Debate*. Vol. 9. Número 2. 1998, p. 142.

A CI-CP deliberará sobre a implementação de determinada margem de preferência, com base nos estudos técnicos produzidos (art. 8º, II, do Decreto nº 7.546, de 2011), e caso aprovada, impulsionará a feitura da propositura normativa cabível à espécie. A CI-CP poderá sugerir, outrossim, que a margem de preferência seja estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul (art. 3º, § 10, da Lei nº 8.666, de 1993)[63].

A minuta de Decreto será então enviada à SPE, que diligenciará os trâmites internos no âmbito do Ministério da Fazenda para concretização da referida minuta de ato normativo.

Com a emissão do parecer jurídico pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 37, III, Decreto nº 4.176, de 2002), a minuta de Decreto é encaminhada à Casa Civil da Presidência da República (art. 8º, §7º, do Decreto nº 7.546, de 2011), a fim de que o Presidente da República, com base em juízo político, determine ou não a margem de preferência.

Com a promulgação do decreto, os certames licitatórios realizados pela Administração Pública Federal serão obrigados a seguir, durante a vigência daquela norma, as margens de preferências implementadas. Como dito outrora, os estados, o Distrito Federal, os municípios e os demais poderes da União poderão adotar as margens de preferência estabelecidas pelo Poder Executivo federal, se assim entenderem.

Segundo o art. 3º, § 9º, da Lei nº 8.666, de 1993, a aplicação da margem de preferência não se aplica aos bens ou serviços cuja capacidade de produção ou prestação no país seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada, inclusive quando houver a divisão do objeto prevista no art. 23, § 7º, da referida lei. Entende-se que tal preceito tem como escopo apenas impedir o uso da margem de preferência a específica licitação, já que restringe a metodologia a objeto contratual cuja produção nacional seja inferior à quantidade "a ser adquirida ou contratada". Afinal, entendimento dissonante afastaria a possibilidade de que a margem de preferência tivesse o condão de incentivar a produção futura de bens[64].

Registre-se, finalmente, que conforme mandamento legal expresso, o importe da margem de preferência estabelecido normativamente tem vigência temporária, pressupondo, no caso de sua revisão, estudo técnico prévio que faça uma análise retrospectiva dos resultados.

Com efeito, a margem de preferência consubstancia, ao fim e ao cabo, uma ferramenta de política pública. Política pública, com efeito, entende-se como a ação governamental[65] previamente coordenada a fim de alcançar metas estabelecidas normativamente[66], objetivos esses que podem ser os mais amplos possíveis, tratando de matérias econômicas, sociais, ambientais ou outros fatores institucionais[67].

---

63 O que não ocorreu, até a presente data.

64 Seguindo tal norte, BARBOSA, Denis B. Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei 12.349/2010. Disponível em:
http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf. Acesso em: 30/04/2015). Registre-se que o Decreto nº 8.223, de 2014, que instituiu margens de preferência para brinquedos, seguiu expressamente esse entendimento (art. 4º, §6º)

65 A doutrina majoritária acentua a necessidade de que a política pública pressuponha atuação governamental. Vide, por exemplo: RUA, Maria G. *Políticas públicas*. Departamento de Ciência da Administração – UFSC. Brasília: UAB, 2009, p. 20; HARGUINDÉGUY, Jean B. *Análisis de Políticas Públicas*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 24; BUCCI, Maria P.D *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Em sentido contrário: SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 3.

66 Eis alguns conceitos: "Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentária, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, Maria P.D. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P.D (Coord.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39); "Diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos da coletividade" (CARVALHO FILHO, José S. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. In: FORNITI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) Políticas Públicas: possibilidade e limites. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 110-1).

67 Não custa lembrar que as políticas públicas não se reduzem às políticas sociais, de sorte que ação governamental cujo de-

A doutrina específica costuma ressaltar a existência de um ciclo de políticas públicas, estruturado didaticamente em fases, anotando-se sempre a existência da etapa da avaliação, a qual configura a monitoração dos resultados da conduta governamental planejada[68]. Assim, soa importante tal temporariedade, a fim de que haja avaliação robusta da política pública, antes de seu eventual continuação.

1.4. A aplicabilidade da margem de preferência em certame licitatório.

Os mais diversos parágrafos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, denotam a premissa de que a sistemática da margem de preferência não é autoaplicável[69]. Há a necessidade de que decreto do Presidente da República implemente os valores das margens de preferências incidentes sobre certames licitatórios cujo objeto estejam subsumidos às hipóteses contidas no referido ato normativo.

Com a vigência do respectivo decreto, as licitações devem observar os ditames da indigitada norma.

Em geral, os decretos repetem disposições relacionadas com: a comprovação, pelo licitante, do cumprimento do critério de origem do bem/serviço objeto do certame; a metodologia de cálculo da margem de preferência; o instante da incidência da aplicação da margem de preferência; e a aplicação da margem de preferência com os benefícios licitatórios outorgados aos pequenos empreendedores, de que trata a Lei Complementar nº 123, de 2006.

Inicialmente, reitera-se a premissa de que os mais diversos decretos dispuseram de que o critério de origem deve seguir a normatização editada em ato do Ministro do Estado da Indústria, Comercio Exterior e Serviços (antigamente Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). Esse ato normativo é a Portaria MDIC nº 279, de 2011, com modificações posteriores (contemporâneas às edições dos respectivos decretos), que dispõe sobre o regime de origem no âmbito das margens de preferências, como já delineado outrora.

Durante a fase de apresentação da proposta no certame, o licitante deve apresentar declaração de cumprimento da regra de origem, atestando que está coerente com as disposições da referida Portaria[70].

Observa-se que não há obrigatoriedade de avaliação, pelo órgão ou autoridade responsável pelo deslinde da licitação, da higidez do teor da declaração, presumindo-se verdadeira a informação lá constante.

Assim, caso o licitante, mesmo que apresente um produto fabricado em nosso país, não atenda às regras de origem estabelecidas na Portaria MDIC nº 279, de 2011, será qualificado como produto manufaturado estrangeiro.

Continuando, após a fase da apresentação das propostas, ou do término da fase de lances, no caso da modalidade do pregão, se o preço mais baixo ofertado seja derivado de licitante ofertante de bem/serviço considerado normativamente como nacional, não há que se falar em incidência da margem de preferência.

---

siderato é a condução de reformas no cenário tecnológico e de inovação, por exemplo, não deixa de ser qualificada como política pública, a despeito de sua relação, a princípio, distante de empreendimentos de cunho eminentemente social (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: Cristiana Fortini; Júlio César dos Santos Esteves; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). Políticas Públicas Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260).

68 HOWLEST, Michael & RAMESH, M. & PERL, Anthony. Política pública: seus ciclos e subsistemas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 14.

69 O Tribunal de Contas da União entendeu isso de forma expressa, por intermédio do Acórdão Plenário nº 1373/2013.

70 Vide, por exemplo, o art. 2º do Decreto nº 7.756, de 2012, comando reiterado nos demais decretos das margens de preferência.

Caso contrário, impõe-se o cálculo da margem de preferência, consoante a seguinte fórmula[71]:

PM = PE x (1+M), onde:

PM = preço com margem

PE = menor preço ofertado do produto manufaturado estrangeiro

M = margem de preferência em percentual, conforme estabelecido em anexo de cada decreto.

Deveras, após a fase de classificação da proposta, caso o menor preço seja derivado de licitante ofertante do objeto qualificado como estrangeiro, aplica-se a fórmula acima, de sorte que se o preço do licitante que declare a apresentação de bem/serviço nacional seja inferior a **PM**, este logrará êxito no certame em comento.

Finalmente, registre-se que a sistemática das margens de preferência deve ser usada antes da sistemática do empate ficto de que trata o art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006.[72] Desse modo, no caso do emprego da indigitada sistemática, quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência em relação ao produto estrangeiro, o critério de desempate será aplicado exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência (art. 5º, §9º, do Decreto nº 8.538, de 2015).

2. A ORDEM ECONÔMICA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL.

> "The fact that every part of this ship was built by the lowest bidder"
>
> (Alan Shepard, primeiro norte-americano a ir ao espaço, quando foi perguntado sobre o que pensava no instante que entrou no foguete *Redstone*).

Sabe-se que a Constituição Federal ampara um amplo espectro de atuação do âmbito estatal no cenário econômico. Afinal, o art. 170 da Carta Magna, preceito basilar da Ordem Econômica Nacional, tem matizes axiológicas distintas, servindo como fundamento de inúmeros preceitos legais que ensejam uma intervenção estatal direta ou indireta na economia.

O presente capítulo pretende evidenciar que a contratação governamental pode ser empregada como um mecanismo de intervenção indireta na economia, induzindo o comportamento dos agentes econômicos. Com efeito, tornou-se praxe a introdução, na sistemática de aquisição estatal, de fatores destoantes da visão eminentemente patrimonial de aquisição pública (atendimento ao interesse administrativo específico de forma mais econômica), com o fito de atender a algum interesse de política pública, mormente na esfera econômica.

Desse modo, em rápidas linhas, o desiderato deste âmbito da dissertação é discorrer sobre esse viés fomentador da aquisição estatal. Promover-se-á, nesta sede, uma subsunção desse modelo aos comandos da Ordem Econômica Constitucional. Finalmente, far-se-á o exame da consonância das margens de preferência com os primados desse setor constitucional, delineando-se os efeitos obtidos pela indigitada sistemática de contratação.

2.1. As diretrizes da Ordem Econômica

71 Fórmula prevista no art. 3º e Anexo II do Decreto nº 7.756, de 2012, lógica reiterada nos demais decretos.

72 Conforme inteligência do disposto no art. 3º, §14, da Lei nº 8.666, de 1993, com redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014. Esse foi a lógica, em geral, seguida pelos decretos das margens.

A Constituição Federal, em seu art. 170, delineia sobre a Ordem Econômica, estabelecendo que a estrutura capitalista em nosso país é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem como escopo assegurar a dignidade da pessoa humana e deve observar vários princípios, de matizes inclusive dicotômicas, tais como a soberania nacional e a livre iniciativa, ou a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

A expressão "Ordem Econômica" goza de várias semânticas: pode perpassar por uma visão eminentemente factual do cenário econômico, ou ter o condão de configurar o agrupamento de regras, de qualquer natureza (religiosa, moral etc.), que regulam as condutas dos indivíduos; e até ser lembrado, também, como o conjunto de preceitos jurídicos formatadores de um modo de produção econômico[73].

No bojo da Constituição Federal, extrai-se a ilação de que tais sentidos de "Ordem Econômica" são empregados de forma não coerente. Enquanto, por exemplo, a menção a ordem econômica constante no art. 170, *caput*, denota a visão de que se trata do *mundo do ser*, o preceito existente no art. 173, §5º, corresponde a uma clara correlação com o mundo do *dever-ser*[74].

Por isso, intentou-se engendrar uma teorização de que o corpo do direito objetivo que estabeleça as bases legais do cenário econômico deveria ser conceituada de "Constituição Econômica"[75]. Sem embargo, sabe-se que a constituição não é o instrumento que traz integralmente as disposições de cunho estruturantes de um sistema produtivo[76], de sorte que parte da doutrina tende a afastar a relevância da noção de tal espécie de constituição[77].

Assim, já que a Constituição Federal mencionou expressamente a nomenclatura da "Ordem Econômica", entendida tal como o conjunto de preceitos normativos estruturantes do sistema econômico brasileiro, a presente dissertação, doravante, passará a utilizar tal expressão.

Feito esse introito, é inafastável a premissa de que o Estado tem papel de escol no cenário econômico brasileiro. Com efeito, a Constituição Federal, ao passo que estabelece princípios regedores do domínio econômico, delineia que o âmbito governamental tenha influência na economia, com o fito realizar os princípios insculpidos no decorrer da parte da Ordem Econômica na Constituição Federal[78], sempre visando "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Sabe-se, de qualquer sorte, que existem preceitos dissonantes nesta parte do texto constitucional[79]. Essa tensão fica bem evidente, por exemplo, no próprio teor do art. 170, que reproduz, dentre os princípios da ordem econômica, da exigência da função social da propriedade (fundamento da função social da empresa) ao lado da livre concorrência (respectivamente, incisos III e IV).

O motivo dessa construção normativa, como cediço, é a existência, no bojo da Assembleia Nacional Constituinte, de uma grande disparidade ideológica, que acabou refletindo na necessidade de conformar a Constituição Federal com caracteres progressistas e conservadores[80]. Dessa forma, o nosso texto supremo acabou gozando de uma "antinomia imprópria", no sentido de que o ordenamento acabou sendo inspirado

73 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65 e ss.

74 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87. Explicando melhor essa conclusão, enquanto que a expressão "ordem econômica" disposta no art. 170 da CF não retrata apenas o sentido de ordenação jurídica, a menção a idêntica expressão no bojo do art. 173, §5º, do texto constitucional consubstancia claramente esse sentido.

75 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

76 Basta lembrar, por exemplo, que a legislação civilista é, quiçá, o instrumento jurídico mais relevante ideologicamente ao sistema econômico.

77 Eros Roberto GRAU (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79 e ss.) promove uma crítica a tal noção, fulcrado na avaliação da Lei Fundamental de Bonn, a qual, segundo o autor, lastreou a teorização da constituição econômica. Registrou que a carta magna alemã não descreve diretamente os comandos normativos que formatam o sistema econômico alemão vigente, de sorte que se poderia, no máximo, falar em "constituição econômica implícita".

78 PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-50.

79 GICO Jr., Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 121.

80 GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo do caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados*. V. 49, n. 1, 2006, p. 193-224.

muitas vezes em valores contrapostos[81].

No âmbito jurídico, esse cenário possibilita uma ampla margem de conformação legislativa no cenário econômico. Essa é uma premissa que, independente das convicções sociais e inclusive ideológicas do hermeneuta, não pode ser afastada pelo jurista. Obvio que o legislador, empregando sua conveniência política, não pode expurgar totalmente a eficácia de um princípio estabelecido constitucional (tal como a livre iniciativa), mas não há como se afastar a possibilidade de sua atuação conformativa, constituindo um modo de temperamento do sistema econômico[82].

Diante do exposto, anota-se que o Estado atua, em geral, de duas formas no cenário econômico[83].

A primeira formatação de intervenção econômica, de caráter excepcional, mercê do disposto no art. 173 da Constituição Federal, é o exercício direto de atividades econômicas, executando empreendimentos que estariam destinados precipuamente à iniciativa privada e podendo variar desde uma intervenção parcial a uma atuação máxima no âmbito econômico (neste caso, monopólio)[84].

Essa forma de atuação econômica já foi bastante empregada na realidade nacional[85], sob a égide do regime militar. No hodierno modelo constitucional, porém, a exploração direta governamental só é permitida excepcionalmente, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tudo nos termos da lei (art. 173 da Constituição Federal).

Dessa forma, mercê das notórias reformas econômicas feitas após a Constituição Federal, expurgou-se a primazia do uso de empresas estatais como norteadores da economia brasileira, as quais atuavam nos mais diversos setores e concretizavam os objetivos governamentais, marco do modelo do regime militar, e privilegiou-se pelo modelo de regulação econômica, por meio de normatização impositivas e/ou diretivas e estruturação de unidades administrativas reputadas tecnicamente autônomas[86].

Como sabido, o manejo regulatório estatal goza de mais recente atenção da doutrina administrativa brasileira. Em geral, compreende-se a regulação como a atuação estatal que incida em determinado espaço da sociedade, com a finalidade de se obter um equilíbrio almejado no aludido setor regulado. Esse empreender pode ser derivado de condutas cogentes, obrigatórias, ou por meio de instrumentos indutivos, prevendo sanções premiais.

A busca para tal equilíbrio pode se dar, por exemplo, mediante tratamento do acesso de particulares a determinado âmbito econômico (restrições ou ampliações de entrada no setor econômico), tentativa de diminuição de imputações de obrigações demasiadas a específico participante de um negócio jurídico ou expurgos a abuso de poder dominante de entidades monopolistas[87].

O lastro constitucional para tal atuação indireta no âmbito econômico é o disposto no art. 174 da Constituição Federal, o qual reza que o Estado, como agente normativo e regulador, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

---

81 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 374.

82 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7. Vol. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15.

83 Conforme visão de Eros Roberto GRAU, exposta doravante.

84 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143. Conforme o ex-ministro, a intervenção é por absorção "quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio". A intervenção é por participação "quando o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas (...)".

85 CASTRO, Lavínia B. Privatização, Abertura e Desindexação: a primeira metade dos anos 90. In: *Economia Brasileira Contemporânea* (Org. Fabio Gambiagi e outros). 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 132.

86 BRAYNER, Luciana Leal. *As Capturas nas Agências Reguladoras e o Debate sobre a legimitação do Estado Regulador: a produção democrática do direito e os desafios do direito administrativo contemporâneo*. 2008. 167 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 70 e ss.

87 ORTIZ, Gaspar Ariño. Logros y fracasos de la regulación. *Themis*. N. 52. PUCPeru. 2006, p. 50.

Não se olvida que o debate sobre regulação ostenta um viés extremamente ideológico, mormente quando se traz à baila o sentido contrário do conceito (desregulação), ou quando se correlaciona com alegadas políticas econômicas que lhe seja inerentes. Na espécie, evitar-se-ão querelas de tal naipe, até mesmo por acabar escapando em demasia do escopo do presente trabalho. Serão aduzidas, aqui, apenas as balizas pertinentes com a temática em exame.

Feita essa premissa, anota-se que a regulação está mais estreita com a visão recente do modelo de estruturação da máquina administrativa brasileira, em que o Estado não mais atua prioritariamente de forma direta, mas de forma indireta, induzindo a conduta dos agentes econômicos para que, de forma voluntaria, acabem mediatamente colaborando com os desígnios estatais[88].

Consigne-se, por oportuno, que a conduta regulatória não tem como escopo apenas a concepção de corrigir falhas de determinado mercado[89], visão tradicional de que se tinha de regulação até meados da década de 1960[90]. Hodiernamente, compreende-se que esta é apenas uma das suas funções[91], já que pode objetivar o atendimento a valores redistributivos ou de sustentabilidade, por exemplo.

No âmbito da contratação pública, escopo, como cediço, da presente dissertação, impõe-se registrar que o Estado brasileiro emprega a sistemática de aquisição governamental com o evidente propósito de influenciar o âmbito social e econômico, não servindo singularmente com o mister de atender a específico desiderato administrativo de aquisição de bem ou serviço.

Com efeito, o uso da sistemática de aquisição estatal, mercê do seu notório poderio econômico, pode induzir setor econômico em atuar nos termos do interesse governamental objeto de determinada política pública. O estabelecimento de critérios de sustentabilidade ambiental em todas as licitações realizadas pela União, por exemplo, restringindo, assim, a participação nos certames licitatórios àqueles que satisfaçam tais requisitos, acaba induzindo, em médio prazo, todo o mercado correspondente a atuar de forma homogênea, infirmando externalidades negativas (poluição é uma das maiores notórias) e intentando, assim, trazer eficiência econômica. Por outro lado, a obrigatoriedade de realização de licitações exclusivas para pequenos empreendedores, como sói acontecer em nosso país[92], tem evidente viés redistributivo.

Dessa forma, a sistemática de contratação governamental tem ínsita correlação com a atuação indireta

88 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 46-7; ACOCELLA, Jessica & RANGEL, Juliana Cabral C. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. In: Revista BNDES 40, dez/2013, p. 276.

89 Falhas de mercado configuram, em síntese, a existência de bens públicos, a existência de externalidades não desejadas ou mercados não competitivos (RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20). Anote-se, por oportuno, que há entendimentos diversos sobre se a *informação assimétrica* entre vendedores e compradores configuraria ou não falha de mercado. Em face dessa divergência, preferiu-se não adentrar no mérito dessa situação na presente dissertação, já que o âmago deste trabalho acadêmico refere-se à matéria de contratação governamental, e não de debates robustos sobre Regulação.

90 MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 28. Conforme registra Daniel GOLDBERG (In: *Poder de Compra e Política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 30), " toda vez que certa distribuição de bens ou direitos é ineficiente (...), o mercado falha na sua mais importante função: determinar quanto deve ser produzido de determinado bem e quais consumidores ficarão com os bens produzidos. Portanto, quando determinada alocação de bens ou direitos é ineficiente, teremos um caso de excesso (às expensas da escassez de outro bem) ou escassez (tendo como resultado a sobreoferta) de determinado bem. E toda vez que há excesso (ou escassez) de determinado bem, a sociedade perde riqueza".

91 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38 e ss.; SALOMÃO FILHO, Calixo. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: Regulação e Desenvolvimento (Org. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15 e ss; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 34 e ss. ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Com efeito, aduz o prêmio nobel de economia George J. Stigler (STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. In: Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 24) que a regulação é instituída basicamente para proteção e benefício de toda a sociedade, ou de grande parcela dele, de sorte que as condutas regulatórias que não seguissem a lógica de eficiência seriam "o preço de uma espécie de objetivo social" ou, até mesmo, falha de cunho regulatório ("perversões da filosofia regulatória").

92 Art. 48, I, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014.

do Estado na economia, por meio de normatizações diretivas e/ou indutivas. Isso será melhor explorado doravante.

2.2. A Função Regulatória da Contratação Governamental.

Além do próprio uso do processo de contratação governamental para atingimento do seu fim primário, qual seja, a obtenção do ajuste mais vantajoso ao interesse estatal, os mais diversos países utilizam o grande poder econômico dessa sistemática administrativa com a finalidade de alcançar outros desideratos públicos[93]. Interesses de cunho distributivo, de eficiência econômica, de reconhecimento de classes marginalizadas, de sustentabilidade social e ambiental, por exemplo, podem ser perseguidos mediante efeitos mediatos do processo de aquisição pública.

Por exemplo, a estruturação de uma licitação exclusiva para pequenos empreendedores econômicos em certames cujo valor seja de até oitenta mil reais[94] ou a previsão de que a Administração Pública possa exigir no instrumento convocatório bens reciclados[95], têm como consequências, respectivamente, a promoção de uma política econômica distributiva e a indução do mercado para confecção de bens sustentáveis.

Esse papel, diga-se, secundário da contratação pública é bastante antigo ao redor do mundo. No decorrer dos anos 1800, antes mesmo das notórias políticas do *Welfare State* implementadas no século XX, os Estados Unidos estabeleceram limitações de horário de trabalho para aqueles que laborassem sob a égide de um contrato governamental.[96] Durante o último século, os Estados Unidos implementaram políticas indutivas de benefícios aos produtores locais (*American Buy Act*) e aos pequenos empreendedores (*Small Business Act*), enquanto que inúmeros países estabeleceram comandos no sentido de que os contratados pela Administração Pública tivessem a obrigação de praticar condutas antidiscriminatórias[97]. Hodiernamente, virou praxe o uso da força da contratação governamental para induzir, na sociedade, práticas ambientais sustentáveis.[98]

Em suma, é o uso mediato do processo de contratação pública com o fito de atingir metas estabelecidas por políticas públicas.

Não se pode deixar de anotar, contudo, que a introdução, na sistemática de contratação estatal, de fatores destoantes da visão eminentemente patrimonial de aquisição pública (atendimento ao interesse administrativo específico de forma mais econômica) configura um mecanismo aprioristicamente dissonante com rápida visão da igualdade e da competitividade[99].

---

93 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 187.

94 Art. 48, I, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014.

95 Art. 6º do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012.

96 McCRUDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*. In: Natural Resources Forum. Vol. 28. 2004, p. 258. Interessante que essa estipulação de jornada máxima de trabalho induzida via processo de contratação pública atingiu um desiderato que os grupos de interesse trabalhistas americanos não obtiveram nem judicialmente. Afinal, lembra-se o notório caso Lochner v. New York, avaliado pela Suprema Corte Americana em 1905 e que sufragou no direito americano a então falta de juridicidade da limitação de jornada de trabalho. Aquele precedente foi o marco inicial da famosa fase liberal do Judiciário estadunidense, da qual adveio a declaração de inconstitucionalidade de 170 normas trabalhistas por cortes estaduais ou federais (WALDROW, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. In: The Yale Law Journal. 2006, p. 1348).

97 McCRUDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*. In: Natural Resources Forum. Vol. 28. 2004, p. 260 e ss.; NOHARA, Irene Patrícia. *Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações*. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFDIFE). Belo Horizonte, ano 4, n. 6, fev. 2015, p. 158 e ss.

98 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 188; FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao future*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 287 e ss.

99 ARROWSMITH, Sue. *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*. In: Journal of Public Procurement. Vol. 10. N. 2. PrAcademics Press, p. 166; MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 192; FILHO JUSTEN, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 455.

Afinal, uma hipótese de dispensa de licitação, por exemplo, que privilegie determinada espécie de entidade outorga ao gestor a possibilidade de não realizar certame licitatório para atender a específico desiderato. Por sua vez, a implementação, em contratos derivados de uma licitação, de exigência de que o futuro contratado promova aquisições mínimas de conteúdo local enseja o afastamento de licitantes que não possuiriam vínculos com fornecedores nacionais.

No âmbito privado, sabe-se que, para fins de celebração de um contrato, há ampla liberdade para seleção do futuro contratante, em uma lógica de *livre-escolha*, de sorte que, de forma geral, o particular elege o terceiro com quem promoverá sua ulterior avença com inteira liberdade, pautando-se por critérios vários, oriundos do seu alvitre, tais como confiança, facilidade para contato ou até mesmo potencialidade de convencimento do ofertante.[100]

Inexiste impedimento, inclusive, de que particulares construam sistemas de seleção para contratação[101]. São corriqueiros, por exemplo, o implemento de processos seletivos para escolha de jovens empregados em sociedades empresárias ou a realização de leilões para alienação de imóveis inservíveis para uma específica companhia.

Engendrou-se no seio governamental, contudo, a praxe de que contratações para fornecimento de bens, prestação de serviços ou pertinentes à prestação de serviços públicos tenham prévios processos objetivos para seleção dos contratantes particulares. Os ordenamentos jurídicos, em geral, acentuam tal necessidade[102].

Afinal, o processo de seleção objetiva, fomentando a competição entre particulares para que concorram na apresentação da proposta mais vantajosa, vai ao encontro do interesse administrativo de aquisição mais módica (ou alienação mais elevada, conforme o caso), sendo, assim, um eficiente meio para aquisição de bens ou contratação de prestadores de serviço.

Há de se registrar, porém, tendência de doutrina estrangeira em acentuar a premissa de que o processo licitatório não constitui a metodologia padrão de contratação governamental, de sorte que o sistema de seleção mediante disputa entre particulares se opera de forma subsidiária, devendo normatização expressa estipular tal cenário. Em suma, aplica-se, como regra geral, a mesma sistemática de *livre escolha* aduzida anteriormente para contratações entre entes privados.[103]

Argumenta-se que como a contratação, em qualquer cenário (público ou privado), tem como escopo a obtenção de um ajuste de forma mais vantajosa para os contratantes, a Administração pode agir de forma discricionária, no sentido de escolher o particular mais adequado, utilizando-se, para tal mister, motivações de cunho técnico e de confiança. Assim, como o objetivo da contratação é, ao fim e ao cabo, a singular obtenção de um ajuste mais vantajoso, a escolha discricionária (e não arbitrária, vale aditar), atendendo a essas peculiaridades, estaria, a princípio, coerente com esse norte teórico. Outrossim, o fato de haver a necessidade de uma disposição expressa normativa aduzindo a necessidade de prévia licitação para formatação de ulterior contratação administrativo induz, por via transversa, a ilação de que o certame licitatório não é um requisito implícito para futuro contrato[104].

O hodierno contexto brasileiro, contudo, não se adequa a tal fundamentação.

Com efeito, registre-se que a tese acima aventada foi estruturada de forma originária por Gaston JEZÉ[105]

100 SILVA, Antônio Marcello. *O Princípio e os princípios da licitação.* In Revista de Direito Administrativo (RDA). Vol. 136. Rio de Janeiro, 1979, p. 34; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 532.

101 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983, p. 136.

102 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo.* Volume 4. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 72 e ss.

103 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo.* Volume 4. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 77 e ss.; SAYAGUES LASO, Enrique. *La licitación pública.* 4. ed. Montevideo: Acali, 1978, p. 43 e ss.; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983; LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 22.

104 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983, p. 170 e ss.

105 LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Au-

em uma ilustração histórica logo após a transição do Estado Policial para o Estado de Direito, no contexto do Direito Público Continental, oportunidade teórica em que se delineou, inclusive, a ideia do ato administrativo[106]. Isto é, vivia-se uma simbiose entre uma assertividade administrativa derivada do fator político ainda bastante elevada[107] e uma inovadora visão de submissão do organismo administrativo aos ditames legais, como consequência direta da sistemática do Estado de Direito. Soaria natural ao então cenário do Direito Administrativo, portanto, que só houvesse uma obrigatoriedade de emprego de um instrumento formal de limitação do administrador público se a lei expressamente o estabelecesse (o que hoje enseja uma ilação básica no cenário da organização estatal era uma novidade naqueles tempos)[108].

Esse era o cenário de um Estado ideologicamente minimalista, como cediço, bastante destoante da visão da estrutura governamental nos dias atuais, em especial do contexto brasileiro.

A Administração Pública Brasileira, estruturada após a Constituição Federal de 1988, goza de uma amplitude de atuação certamente alargada. O grande rol de atribuições previstas normativamente exige um papel de destaque da estrutura governamental nos mais diversos campos sociais.

Por sua vez, o processo de contratação estatal, por ser procedimento ínsito ao funcionamento da máquina administrativa, não pode induzir a comportamentos contraditórios com obrigações normativas com que o Estado esteja comprometido.

Explica-se.

Pela ordenação jurídica brasileira, o Estado não pode incentivar o abuso de poder econômico que enseje à eliminação da concorrência. Não por acaso, há todo um arcabouço normativo que exige que o Estado não permita o avanço de estruturas monopolistas que ensejem abuso à esfera econômica.

Dessa forma, caso se parta da premissa de que o processo de contratação teria como único escopo a obtenção de proposta mais vantajosa economicamente ao corpo governamental, nada obstaria que o organismo estatal fizesse uma avença para prestação de serviços com determinada entidade privada, sob o pálio de que esta seria o ente mais competente para exercer específica prestação, mesmo que tal particular fosse reiterado praticante de condutas abusivas no cenário econômico.

Percebe-se, pois, que o Estado estaria usando o processo de contratação para ir de encontro a uma das suas obrigações.

Outrossim, não soaria razoável a seleção discricionária de determinada entidade privada que, a despeito de satisfazer requisitos reputados adequados ao gestor, seja um recalcitrante devedor de tributos. Na ilustração, a contratação deste, em detrimento de adimplentes fiscais, seria um fator de evidente desestimulo ao pagamento de tributos, com consequências imediatas no funcionamento da máquina pública e na estruturação de políticas públicas.

Por outro lado, a tutela da impessoalidade e da isonomia é elemento inconteste das tradicionais democracias hodiernas. Extrai-se de tal postulado a necessidade de que não se promovam favorecimentos ou desvalias descabidos.

O cenário jurídico brasileiro, como cediço, possui um apreço elevado à igualdade. Esse empreendimento é, decerto, corolário do primado republicano[109], já que a igualdade é elemento estruturante desse modelo

---

tónoma de México, 1999, p. 22

106 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I Parte General. Buenos Aires: Depalma, p. 74-5.

107 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 33.

108 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 56-7. Nesta parte, o autor sustenta que no início do estudo da discricionariedade no âmbito da Administração Pública, entendeu-se que o agente público poderia atuar quando houvesse uma ausência de vinculação legal (*negative bindung*). Segundo o jurista, essa visão legalista de atuação administrativa adveio do positivismo sufragado por Hans Kelsen, "que doutrinou acerca da vinculação positiva (*positive Bindung*) da Administração à legalidade".

109 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. Dialética: São Paulo, 2007, p. 22; ATALIBA, Ger-

institucional. Não se está consignando, nesta sede, que a desigualdade, em si, é abstratamente incabível em nosso sistema[110], mas não se pode afirmar, contudo, que a salvaguarda da distinção, o amparo da diferença, é artefato nuclear do modelo republicano. Longe disso, inclusive.

Firmou-se, assim, em nosso ordenamento, a isonomia como direito subjetivo a tratamento igualitário[111], de sorte que o Estado deve procurar um tratamento idêntico. A impessoalidade deve reger, pois, o modo de agir da estrutura governamental.

Com fulcro nesse norte interpretativo, inexistem dúvidas de que o processo de contratação estatal salvaguarda a igualdade, mercê da defesa da competividade ínsita à sistemática. A seleção discricionária de um determinado particular para prestar um objeto contratual à Administração, sem que seja ofertada qualquer possibilidade para que terceiro semelhante possa negociar com o ambiente estatal, enseja evidente conduta dissonante com o primado da impessoalidade, já que tolha a possibilidade de este terceiro gozar das consequências econômicas positivas derivadas de um contrato público.

Um processo objetivo de seleção está consentâneo com a igualdade e a impessoalidade, já que outorgaria aos elementos do setor privado igual oportunidade para gozar dos benefícios de negociar com o governo[112], além de possuir o condão de estabelecer abstratamente restrições qualitativas adequadas para afastar participantes inidôneos de um certame licitatório. Acaba configurando, por via oblíqua, uma tentativa de expurgar cartéis econômicos[113].

Extrai-se, pois, a conclusão de que, em nosso ordenamento, o processo licitatório competitivo é consectário do princípio da igualdade, de sorte que a sua incidência na sistemática de contratação governamental teria vez mesmo se não houvesse o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal[114]. Com efeito, a transformação da metodologia da livre escolha do contratante privado como modo geral iria de encontro aos princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como fomentaria uma conduta administrativa contrária a outros valores tutelados normativamente.

A motivação tecida neste tópico enseja duas relevantes inferências:

(i) o processo de contratação pública tem ínsita relação com a defesa dos primados da competividade e da igualdade; e

(ii) o processo de contratação governamental, contudo, não pode estar dissonante do arcabouço institucional que fulcra a realização das obrigações normativamente impostas à Administração Pública. Em suma, a sistemática de aquisição pública deve ser coerente com os mandamentos constitucionais.

Com efeito, um processo competitivo de seleção, além dos dois efeitos já expostos nesta sede (presunção de maior vantagem na contratação, mercê da ampliação de concorrência, e igual oportunidade de negocia-

---

aldo. *República e Constituição*. 3. ed, atualizada por Rosoela Miranda Fogolsi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157.

110 Por exemplo, Jefferson Carus GUEDES delineia de forma brilhante a multiplicidade de escalas da desigualdade em nosso ordenamento jurídico (GUEDES, Jefferson Carus. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181 e ss.

111 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed, atualizada por Rosoela Miranda Fogolsi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157.

112 ARROWSMITH, Sue L. & LINARELLI, John & WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 62.

113 PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

114 Assim entendem: DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 474; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 533-4. Vale a pena ressaltar que Hely Lopes MEIRELLES (In: *Direito Administrativo Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, 180-182 e 239-240) sustentava, antes mesmo da atual Constituição Federal, que qualquer contrato administrativo necessitava de prévia licitação, ressalvadas as hipóteses de contratação direta previstas expressamente, o que aparente denota a premissa de que o ilustre administrativista tinha entendimento coerente com os demais juristas indicados no rol acima. MEIRELLES inclusive promoveu crítica expressa aos doutrinadores que invocam doutrina estrangeira no tema da licitação, mercê das especificidades existentes em nosso cenário jurídico.

ção por particulares), também tem o condão de aprioristicamente salvaguardar a probidade administrativa.[115]

Certo é que o rito licitatório não é uma nota de indenidade para problemas de moralidade no bojo da contratação governamental. Caso um agente público ambicione praticar atitudes que vão de encontro ao interesse público, a sistemática licitatória por si só não será fator decisivo ao seu escopo. Sem embargo, a objetividade ínsita ao processo licitatório fomenta a possibilidade de controle.

O processo objetivo como requisito prévio à celebração do ajuste administrativo está adequado, pois, a uma lógica de custo/benefício, já que indica uma presunção de maior vantagem na contratação, em face da competividade, bem como objetiva tutelar a moralidade[116]. Consigne-se mais uma vez, porém, que a sistemática de contratação não está à margem de estrutura normativa e institucional incidente sobre o organismo estatal, como já dito inclusive. Desse modo, soaria natural, por exemplo, infirmar-se a premissa da salvaguarda da competividade no processo de contratação pública em face de outros valores constitucionais.

A título de ilustração, muitas vezes o rito licitatório acaba trazendo manifestas inconveniências ao atendimento do interesse administrativo, de sorte que a sua aplicação irrestrita contrastaria com o valor da eficiência. É o que se observa, por exemplo, em aquisições de bens de pequeno valor e contratações emergenciais[117]. Não por acaso, boa parte das legislações ao redor do mundo estabelecem hipóteses de contratação direta nessas situações[118].

Por outro lado, o primado da competividade também pode ser infirmado a fim de defender outros valores constitucionais, mormente relacionados com a implementação de políticas públicas.

Isso não quer dizer que o uso da contratação governamental como instrumento de política pública é inconstitucional, por ponderar a competividade e a defesa da igualdade estampada no art. 37, XXI, da Constituição Federal. Ledo engano. A doutrina administrativa acentua, em geral, a higidez jurídica do aludido empreendimento[119]. Afinal, ao passo de que se deve amparar a igualdade no âmbito da contratação pública, outros preceitos constitucionais devem também gozar de efetividade[120].

Com efeito, por meio da sistemática de aquisição governamental, podem ser perseguidos os mais diver-

115 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983; LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 56-7; ARROWSMITH, Sue L. & LINARELLI, John & WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 32; DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34; CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo. Volume III. Teoria do Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 87; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 237.

116 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 57.

117 ARROWSMITH, Sue L. & LINARELLI, John & WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 31.

118 Podem-se citar, a título de ilustração, a União Europeia (art. 32 da Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014), os Estados Unidos da América (2010 41 U.S. Code §§ 3304 e 3305), Argentina (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XII-41), Colômbia (RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General Y Colombiano*. 18. ed. Bogotá: Temis, 2013, p. 552-3), México (LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 88-9), e China (art. 30 da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002).

119 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 328; FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 19. Salvador. Ago/Out 2009; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 448; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2013; ACOCELLA, Jessica & RANGEL, Juliana Cabral C. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. In: Revista BNDES 40, dez/2013, p. 277; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 158 e ss.

120 Isso é corolário do princípio da unidade da Constituição, o qual significa que "todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: a tese das antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição***.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1183).

sos objetivos, tratando-se de matérias econômicas, sociais, ambientais ou outros fatores institucionais[121]. Uma atuação estratégica da política pública pode ensejar o uso de inúmeros instrumentos, a fim de que estes, em seu conjunto, subsidiem o alcance de específico desígnio estatal.

Por exemplo, a Constituição Federal estabelece com um dos princípios da Ordem Econômica o tratamento favorecido para pequenos empreendedores (art. 170, IX). Houve outrossim previsão da possibilidade de outorga de benefícios tributários (art. 146, III, "d", com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003) e de desburocratização administrativa e judicial para tais empresários (art. 179). Toda essa normatização superior teve como mister o crescimento de atuação destes empreendedores (meta da política pública), objetivando, por sua vez, concretizar os efeitos derivados desse atingimento (aumento do emprego, efeito distributivo de renda). Diante dessa estruturação constitucional, adveio a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que versa sobre o *"Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte",* consolidando várias benesses a tais entidades, a exemplo de: regime tributário diferenciado e favorecido; desburocratização na legislação societária; simplificação das obrigações trabalhistas e no acesso ao Poder Judiciário; e privilégios para participação no processo de aquisições públicas[122]. Percebe-se que o uso da contratação governamental, na espécie, foi apenas umas das ferramentas confeccionadas no afã de alcançar a meta pública estabelecida (desenvolvimento de pequenos empreendedores).

Na doutrina em língua inglesa, o uso do processo de contratação estatal para produzir resultados desejados social e/ou politicamente destoantes da mera vantagem administrativa goza de inúmeras denominações. Visualizam-se as terminologias *collateral policies, secondary policy*[123], *linkage*[124]ou *horizontal policy*[125]

Sobre a doutrina brasileira, extrai-se uma predileção por *Função Regulatória da Licitação*[126] para compreensão desse fenômeno. Este trabalho acadêmico utilizará uma expressão mais abrangente (*Função Regulatória da Contratação Governamental*), já que hipóteses de contratação direta podem também pactuar com essa sistemá-

121 Não custa lembrar que as políticas públicas não se reduzem às políticas sociais, de sorte que ação governamental cujo desiderato é a condução de reformas no cenário tecnológico e de inovação, por exemplo, não deixa de ser qualificada como política pública, a despeito de sua relação, a princípio, distante de empreendimentos de cunho eminentemente social (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: Cristiana Fortini; Júlio César dos Santos Esteves; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). Políticas Públicas Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260).

122 ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. *O "empate ficto" previsto pela Lei Complementar nº 123/2006*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15,n. 2394, 20 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14194>. Acesso em: 12 jan. 2016.

123 MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 187.

124 Esse é o termo mais usado por Christopher MCCRUDEEN (*Using public procurement to achieve social outcomes*. In: Natural Resources Forum. Vol. 28. 2004, p. 257).

125 Essa é a expressão preferida de Sue ARROWSMITH (*Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*. In: Journal of Public Procurement. Vol. 10. N. 2. PrAcademics Press, p. 150), já que ostenta uma amplitude semântica, abarcando políticas não necessariamente econômicas (ao contrário do que, segundo a autora, as outras expressões focam).

126 Vide, por exemplo: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 328; FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 19. Salvador. Ago/Out 2009; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177; ACOCELLA, Jessica & RANGEL, Juliana Cabral C. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. In: Revista BNDES 40, dez/2013, p. 277; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 159. Já se denominou também de *Função Social da Licitação Pública* (FERREIRA, Daniel. *Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/*2010. Fórum de contratação e gestão pública – FCGP. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 52-53; JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Dialética: São Paulo, 2007, p. 23), denominação que, de pronto, se afasta, mercê da sua limitação semântica, uma vez que denota a ilação de que tais práticas só possuem como foco questões sociais. Por sua vez, utiliza-se também a expressão *Função extraeconômica da licitação* (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 326), no sentido de que a contratação pública utilizada como instrumento de política pública engendra fatores além do seu objetivo eminentemente *econômico* de obtenção da seleção mais vantajosa. Prefere-se, nesta sede, o emprego da expressão *Função Regulatória*, uma vez que, mesmo estando claro em sua obra o sentido restrito utilizado por Alexandre Santos ARAGÃO de *econômico,* o que não expurgaria a utilização da contratação pública para saneamento de falhas de mercado (até mesmo pelo exemplo trazido pelo autor sobre licitação específica da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o vocábulo *extraeconômico* poderia denotar a ilação de que a contratação pública não poderia objetivar finalidades de eficiência econômica, o que não é verdade, conforme a própria exposição do doutrinador e considerações a serem tecidas no decorrer da presente dissertação.

tica, consoante argumentações tecidas oportunamente.

Deveras, entende-se adequada a nomenclatura em comento, já que, conforme delineado anteriormente, a regulação pode ter como efeito a construção de normas diretivas e/ou indutoras de condutas na seara econômica, pressuposto exatamente aplicável a essa visão de contratação governamental. Outrossim, é de bom tom registrar que o Supremo Tribunal Federal já utilizou a referida nomenclatura[127].

Continuando a temática, é de se enaltecer que a legislação brasileira vem, desde muito, usando a contratação governamental com interesses diversos daqueles concernentes ao mero interesse administrativo na aquisição de um objeto contratual.

Pode-se registrar, por exemplo, o fato de que a normatização nacional é bastante abrangente no sentido de não permitir a participação, em certames licitatórios, de entidades contumazes na desobediência de regimes jurídicos específicos. Empreendedores que violam regras ambientais ou cometem ilícitos administrativos não podem participar de processos seletivos de contratação pública. A própria inadimplência tributária, como cediço, é instrumento impeditivo de contratação administrativa.

Fazendo um breve histórico, o art. 136 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já estabelecia as sanções contratuais de vedação ao então contratado de participar de futuros processos licitatórios, caso promovesse ilícitos contratuais de grande monta, comando que, em geral, foi reiterado em normatizações supervenientes. Por sua vez, entidades que praticassem ilícitos fiscais ou administrativos também não poderiam participar de certames licitatórios, por força do art. 74 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, comando reiterado pela Lei 8.666, de 1993. Após a Constituição Federal de 1988, advieram inúmeros preceitos legais que estabelecem óbices para participação em licitações daqueles que ofendessem preceitos de normatizações específicas. Pode-se citar, por exemplo, a prática de: (i) atos de improbidade administrativa (art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992); (ii) ilícitos na seara ambiental (art. 10 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998); (iii) ilícitos no setor portuário (art. 78-A da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001); (iv) atos que violem o dever de publicidade da Administração Pública (art. 33, IV e V, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011).

Esses impedimentos de participação em certames licitatórios configuram ferramentas de política pública, relacionadas com o próprio regime jurídico gerador do óbice. Afinal, a Administração Pública, no instante que contrata entidade privada violadora do regime ambiental, por exemplo, acaba, em certo modo, incentivando economicamente uma recalcitrante ambiental a violar ainda mais a legislação específica. Por outro lado, as companhias que não cumprem mandamentos legais acabam possuindo uma injusta vantagem comparativa em face dos outros competidores[128].

Por sua vez, várias das hipóteses de dispensa de licitação implementadas no bojo da Lei 8.666, de 1993, tiveram como motivação atender a desideratos administrativos destoantes do mero empreendimento racional de aquisição pública, com o fito, pois, de alcançar objetivos de política pública.

---

127 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, em que se pugnou pela declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, o Ministro Luiz Fux, em voto-vista, sustentou a higidez de hipótese de dispensa de licitação trazida pela indigitada norma, mercê da incidência da Função Regulatória na espécie. Transcreve-se o trecho pertinente do voto: "Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação , através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, desde que observado o postulado da proporcionalidade. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV".

128 ARROWSMITH, Sue. *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*. In: Journal of Public Procurement. Vol. 10. N. 2. PrAcademics Press, p. 154-5. Essa lógica também é coerente com o que ocorre no cenário europeu, já que a Diretiva 2014/18/CE também tem preceitos que vedam a celebração de contratos administrativos com entidades participantes de organizações criminosas ou que tenham sido condenadas por corrupção (NOHARA, Irene Patrícia. *Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações*. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFDIFE). Belo Horizonte, ano 4, n. 6, fev. 2015, p. 155).

Com efeito, a União pode dispensar licitação com a finalidade de intervir na seara econômica para regular preços ou normalizar o abastecimento (art. 24, VI), de sorte que a Administração Pública Federal, por intermédio dessa hipótese de contratação direta, poderá ofertar ou adquirir bens intentando restabelecer o equilíbrio do mercado[129].

Por outro lado, estruturaram-se situações de dispensa de licitação (art. 24, XIII e XX) que objetivavam, respectivamente, a contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, e de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Há, aqui, um evidente exemplo de intervenção do Estado na ordem social[130], já que essas contratações diretas ensejam um fomento para particulares que atuam no chamado *terceiro setor*, a fim de efetivar os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Estruturou-se, ainda, a confecção de hipóteses de dispensa de licitação que atendam a políticas públicas setoriais[131], podendo-se citar como exemplo a dispensa de licitação para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional (art. 24, XXVIII, da Lei nº 8.666, de 1993).

Continuando com a lógica das políticas públicas setoriais, lembra-se que o Estado brasileiro, desde meados do início da década de 1980, implementa sistematização normativa com o mister de fomentar o setor de soluções de tecnologia da informação.

A Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, dispôs sobre a Política Nacional de Informática, a qual, na prática, trouxe ampla reserva de mercados para produtores nacionais, promovendo restrições ao desenvolvimento tecnológico nacional e benefícios desproporcionais aos empreendedores nacionais[132].

Em face desse mal legado, a sistemática de incentivo à informática foi reformulada. A Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, instituiu o chamado *Processo Produtivo Básico*, como benefício tributário federal, estabelecendo que determinadas etapas fabris mínimas sejam realizadas internamente a fim de que o fabricante usufrua de benesse fiscal, em especial a redução de alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Dentro da mesma lógica, a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, inúmeras vezes alteradas durante a sua vigência, procurou promover benefícios licitatórios pertinentes aos produtores nacionais dessas soluções. A atual redação do seu art. 3º, da forma como se encontra interpretada pelo Tribunal de Contas da União[133], delineia que a participação em certames licitatórios para fornecimento de soluções de tecnologia da

129 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 57; FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 19. Salvador. Ago/Out 2009.

130 ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186 e ss.

131 PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

132 Essa política até hoje causa "calafrios", sendo sempre lembrado quando se aborda acerca da temática de políticas setoriais. Sobre o assunto, vale a leitura de: IKEHARA, Hideharu Carlos. *A reserva de mercado de informática no Brasil e seus resultados*. In: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR. Volume 5. n. 18, p. 1997; NAMOUR, Roberta. *Os efeitos colaterais da Lei de Informática*. Revista ISTOÉ dinheiro, Edição 628, 21 de outubro de 2009 (o artigo e a reportagem, além de evidenciarem os efeitos negativos, também registraram a existência de externalidades positivas sobre a política então empreendida); JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 89 (delineando suas consequências no âmbito da contratação pública).

133 Acórdão TCU nº 2138/2005 – Plenário. Registre-se que em face do Enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a aludida decisão acabou norteando qualquer licitação de tecnologia da informação realizada no Brasil, já que "as Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe

informação é franqueada a qualquer interessado, independentemente de desenvolver bens e produtos com tecnologia nacional e de cumprir o PPB, sendo que tais elementos servem como critérios de desempate, e não de restrição, portanto, para participação do certame.

As especificações dos objetos a serem licitados também podem denotar objetivo não meramente adstrito ao interesse administrativo em adquirir determinado bem ou serviço, mas também o de promover alguma atividade de cunho indutor. Isso é plenamente observado nas chamadas *contratações verdes*, em que o Estado objetiva utilizar a aquisição pública com o mister de infirmar impactos negativos sobre o meio ambiente[134]. A estipulação, inclusive, de restrições competitivas objetivando a contratação de entidades que premiem a sustentabilidade ambiental não sofre qualquer resistência ao redor do mundo, cenário derivado, decerto, dos notórios problemas ambientais verificados no início do presente século[135].

Com efeito, a legislação brasileira prevê que a fase interna do processo de contratação pública deverá observar o impacto ambiental (arts. 6º, IX e 12, VII da Lei nº 8.666, de 1993; arts. 4º, III e 7º, III, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 – Regime Diferenciado de Contratação; art. 7º do Decreto nº 7.746, de 2012) da ulterior licitação. Outrossim, pode-se lembrar o Projeto Esplanada Sustentável, de que trata a Portaria Interministerial nº 244, de 2012, a qual estabeleceu critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações da Administração Pública Federal[136].

Registre-se também que as especificações no instrumento convocatório podem ser construídas com o fito de fomentar economicamente produtores locais. Afinal, a despeito de o art. 3º, §1º, da Lei nº 8.666, de 1993, vedar expressamente criar privilégios licitatórios tendo como base o domicílio do licitante, a legislação fomenta o parcelamento do objeto a ser licitado (art. 23, §1º, da mesma Lei; art. 2º, IV, do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015). Esse parcelamento permite que as aquisições sejam divisíveis tanto quanto possíveis, incentivando que empresários locais participem de certames licitatórios.

O maior exemplo, em nosso país, dessa lógica de redistribuição econômica derivada do processo de contratação governamental é a estruturação de benefícios licitatórios a pequenos empreendedores, advinda da Lei Complementar nº 123, de 2006.

O art. 43 prevê o direito do pequeno empreendedor, por ocasião da participação em certames licitatórios, de apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição. Caso seja o vencedor temporário, tal entidade terá o direito de regularizar a sua situação fiscal no prazo de 5 dias, prerrogativa não outorgada aos licitantes ordinários.

Por sua vez, os arts. 44 e 45 da LC criaram uma espécie de *empate ficto* entre propostas ofertadas pelas pequenas empresas e pelas demais, conferindo-se àquelas, caso haja tal empate, a possibilidade de apresentar uma nova proposta, tendo mais uma chance para obter, assim, a vitória no certame[137].

Dentre outras prerrogativas, a LC prevê licitações exclusivas para pequenos empreendedores quando o objeto licitatório não ultrapassar o montante de oitenta mil reais, de sorte que se aplicou, nesta hipótese, uma evidente ponderação do princípio da competitividade em favor da defesa dessas entidades.

---

privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

134 PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35; MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 188; NOHARA, Irene Patrícia. *Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações*. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFDIFE). Belo Horizonte, ano 4, n. 6, fev. 2015, p. 158 e ss.

135 McCRUDEN, Christopher. *Using public procurement to achieve social outcomes*. In: Natural Resources Forum. Vol. 28. 2004, p. 257.

136 BICALHO, Alécia Paolucci. Nogueira. *A ressignificação do princípio da finalidade da licitação à luz do desenvolvimento nacional sustentável*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 9-18, jul. 2013.

137 ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. *O "empate ficto" previsto pela Lei Complementar nº 123/2006*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15,n. 2394, 20 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14194>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Extrai-se, pois, de todo esse histórico de emprego de contratação governamental como política pública, que a modificação perpetrada pela Lei nº 12.349, de 2010, no art. 3º da Lei 8.666, de 1993, quando estabeleceu mais um novo objetivo à licitação, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, declarou uma conduta já empreendida em nosso direito.

Como sabido, essa modificação qualificou o marco normativo do uso da contratação estatal com viés distinto da mera satisfação administrativa da aquisição economicamente mais vantajosa. Não ostenta, entretanto, um caráter efetivamente inovador para tal empreendimento[138].

A expressão "desenvolvimento nacional sustentável" evidencia um caráter bastante genérico, abarcando, decerto, todas as modelagens de políticas públicas que já atuavam de forma transversal em sede de contratação governamental.

Discorrendo sobre o sentido da expressão, entende-se que a tutela do desenvolvimento nacional não configura apenas um mero impulso econômico. Desde há muito já se explicita que não se pode confundir crescimento econômico com desenvolvimento. Esse é a interpretação adequada do art. 3º, II, da Constituição Federal, que consagra o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil[139].

O crescimento é uma das facetas, certamente, do desenvolvimento. Todavia, o aumento na produção de riquezas sem que tal acréscimo seja espalhado no corpo social não está coerente com o valor ora em discussão. Outrossim, o avanço do impulso econômico sem o correspondente reconhecimento da necessidade de valorização de identidades historicamente violadas em nossa histórica não está condizente com o desenvolvimento nacional[140].

Não por acaso, o índice tradicionalmente avaliador do avanço institucional de um Estado foi cambiado, infirmando-se a importância isolada da *renda per capita* para fortalecer o indicador de Desenvolvimento Humano (IDH), que abarca dados acerca da expectativa de vida, educação e *renda per capita*.

Em suma, o desenvolvimento nacional como objetivo constitucional (e legal, doravante, pelo menos em sede de contratações públicas) ostenta a necessidade de combinação de inúmeros avanços, de cunho social, político, institucional e também econômico[141].

Mercê dessa amplitude semântica da expressão "desenvolvimento nacional", poder-se-ia inclusive aduzir a desnecessidade de inclusão do vocábulo "sustentável" existente no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993. É dito isso, uma vez que geralmente se expõe que "desenvolvimento sustentável" enseja progresso concomitante nos âmbitos econômico, social e ecológico[142].

---

138 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e a sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

139 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41; SALOMÃO FILHO, Calixo. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: Regulação e Desenvolvimento (Org. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 165

140 A ampla visão de desenvolvimento nacional propugnada pela doutrina brasileira está coerente, decerto, com a teoria do constitucionalismo fraternal, caracterizada pela "consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais" (BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional***.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34-5).

141 FILHO JUSTEN, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 448; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 166.

142 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável***.** Rio de Janeiro: Garamond, 2000, p. 35; FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55 e ss. Este último autor explicita que sustentabilidade configura uma visão bastante sistêmica, de pluridimensionalidade sem efetiva hierarquia, de sorte que o princípio da sustentabilidade (natureza jurídica apontada pelo autor) impõe um modelo de desenvolvimento que acarrete consequências positivas na esfera social, ética, institucional, econômica e ambiental. Com efeito, a noção de desenvolvimento sustentável realmente evidencia um progresso de vários feixes. O próprio economista Ignacy SACHS, citado nesta nota de rodapé, acentuou que a noção de desenvolvimento sustentável (ou ecodesenvolvimentismo) começou-se a formar na Conferência de Estocolmo, em 1972, sendo que, segundo este, o

Sem embargo, como há ainda uma visão corrente em confundir desenvolvimento com mero crescimento econômico, a inclusão do vocábulo "sustentável" expurgaria qualquer dúvida de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável abarca políticas públicas de várias matizes, cujos escopos sejam sociais, econômicos ou ambientais.

Como mais recente exemplo da Função Regulatória, vale aditar que a Medida Provisória nº 495, de 19 de julho 2010, depois convertida na Lei nº 12.349, de 2012, ao passo que modificou o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, também estabeleceu a metodologia das margens de preferência em licitações públicas, âmago da presente dissertação.

Ademais, a referida legislação possibilitou a implementação, em certames licitatórios, de medidas de contrapartida (*offset*), de sorte que os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento.

Verifica-se, pois, que a Função Regulatória da Contratação Governamental pode ostentar os mais diversos efeitos no âmbito econômico, tanto com a finalidade de possibilitar uma melhor eficiência alocativa ou, por sua vez, ensejar consequências distributivas.

Afinal, deve-se relembrar que a intervenção do Estado na economia não objetiva apenas ajustar ineficiências de mercado. A intenção de promover a redistribuição acaba sendo também reconhecida como um das finalidades do organismo estatal no âmbito da sociedade[143].

O primeiro escopo da Função Regulatória aqui tratada, qual seja, a eficiência econômica, tem como escopo corrigir as falhas de mercado[144], a fim de eliminar ou reduzir as ineficiências engendradas em particulares tipos de mercado. Em geral, compreendem-se como falhas do mercado a não oferta de bens públicos, restrições da concorrência e externalidades negativas[145].

---

desenvolvimento sustentável, engendrado como um critério médio entre as duas posições opostas estabelecidas no referido encontro (*the cornucopians*, que priorizavam o crescimento econômico e acentuavam que o avanço tecnológico garantiria soluções técnicas para infirmar as externalidades ambientais, e os *doomsayers*, os pessimistas que sustentavam a lógica do *crescimento zero* e que o crescimento econômico ensejaria uma fatal destruição das condições de vida), permite o avanço econômico, mediante inclusive o uso dos recursos naturais, desde que empregado por métodos favoráveis ao meio ambiente (SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável***.** Rio de Janeiro: Garamond, 2000, p. 50-4).

143 BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.*São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 381; STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector***.** 3 ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 27. Há quem acentue, inclusive, que motivações outras possibilitam que o Estado intervenha na economia, sem necessária correlação com argumentos de eficiência ou distributivos. Vide, por exemplo, a seguinte explanação de Carlos Emmanuel RAGAZZO (RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 34-5): "A intervenção estatal também poderá observar objetivos essencialmente paternalistas. Os exemplos são vários, mas vale à pena mencionar a regulação que, sob o argumento de normatizar boas práticas de dispensação em farmácias e drogarias, veda à farmácia e à drogaria a comercialização de produtos que não sejam medicamentos, cosméticos ou afins (por exemplo, alimentos com propriedades de saúde), nos termos da Resolução RDC nº 173, de 8 de julho de 2003, emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Assim, por meio dessa resolução, farmácias e drogarias que desejassem comercializar quaisquer outros produtos estariam impedidas de fazê-lo por fundamentos protecionistas ao consumidor que procura medicamentos". Sem embargo, aplicar-se-á nesta dissertação a dicotomia básica entre a intervenção econômica embasada na questão alocativa (objetivando, pois, a eficiência econômica, conforme detalhamento a seguir) e a atuação fulcrada em argumentos distributivos (não há preocupação com expurgo de ineficiências econômicas, mas com juízos sobre a alocação das riquezas entre os mais diversos corpos sociais), já que tal oposição acaba retratando, com relativa simplicidade, as consequências derivadas da atuação estatal na economia. Acolhendo tal norte, pode-se citar GICO Jr., Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão.* São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 75 e ss.

144 Falhas de mercado configuram, em síntese, a existência de bens públicos, a existência de externalidades não desejadas ou mercados não competitivos (RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20).

145 RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20; BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.* São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383; MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 28. Anote-se, por oportuno, que há entendimentos

Acerca da produção de "bens públicos" no sentido econômico, o Estado, em muitas oportunidades, atua no cenário econômico com o objetivo de ofertar bens e serviços que não sejam supridos pela iniciativa privada. A razão básica de tal conduta é a de que o benefício trazido por determinados bens não ostenta caráter exclusivo, isto é, não se limita a atender um determinado indivíduo por si, mas se encontra disponível também a outros indivíduos[146].

Explicitando melhor tal premissa, quando alguém adquire, por exemplo, um lençol no mercado, é sabido que tal produto têxtil se configura em especificação padronizada, ínsita ao atual modo de produção industrial. Não obstante, a aquisição de uma unidade de lençol possui como fito atender às necessidades específicas do adquirente do bem, não estando disponível para consumo das demais pessoas. O senso de satisfação por um bem, materialmente falando, é eminentemente egoísta. Os demais indivíduos, pelo fato de não terem comprado esse produto, não goza de qualquer benesse, por terceiro estar usando. Outra pessoa só terá possibilidade de obter algum benefício no bem, caso adquira diretamente outra unidade do lençol.

Por outro lado, há tipos de bens e serviços que não ostentam o caráter de exclusividade ou rivalidade, isto é, de que o gozo por parte de um indivíduo exclui automaticamente o uso do bem por parte de outrem, ou reduz a sua disponibilidade pra outros. Os parques nacionais ou a defesa militar são bens evidentemente transversais e *não rivais*, já que o gozo daquele bem por uma pessoa não reduz nem impossibilita o seu uso pelos demais[147].

O setor privado é o meio tradicional para ofertar bens no primeiro cenário exposto, qual seja, a da situação de oferta de bens de caráter exclusivo[148]. As empresas apresentam um bem ao mercado, e o particular adquire tal produto, mediante o cotejo entre a sua utilidade e o preço que achar adequado. Contudo, concernente ao segundo cenário apresentado, o mercado não logra conduzir de forma eficiente, uma vez que, como os benefícios não se concretizam singularmente, não há uma tendência inata das pessoas a voluntariamente adquirem bens com tal característica.

Apegando-se ao exemplo já citado, como o uso de um determinado parque traz benefícios compartilhados a todos, trazendo assim vantagens transversais, há uma tendência concreta dos indivíduos de que estes

---

diversos sobre se a *informação assimétrica* entre vendedores e compradores configuraria ou não falha de mercado. No presente trabalho, atento à visão dos dois primeiros autores indicados nesta nota de rodapé, aponta-se que tal metodologia não configuraria, a princípio, uma espécie de falha de mercado. Faz-se tal ilação, uma vez que a assimetria de informações entre partes em um determinado contrato não traria, a princípio, efeitos relacionadas com a alocação ótima de recursos, mas acerca de características relacionadas com a transferência de recursos entre as partes de uma avença contratual. Em regulação, a preocupação fulcral nessa parte seria relacionada com a defesa do consumidor (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.* São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 430). Esse assunto, decerto, é polêmico, e sua problematização escaparia em demasia do escopo da presente dissertação. De qualquer forma, para não se registrar eventual omissão da temática na espécie, é de se enaltecer que a modelagem de contratação administração pode ter o condão de expurgar essa problemática no cenário econômico. Com o fito de corroborar tal ilação, podem-se trazer dois exemplos: (i) em contratações administrativos cujo objeto seja a realização de determinada obra pública, por exemplo, impõe-se evitar o chamado "jogo de planilha", situação em que há assimetria de informação entre as partes, já que um licitante pode detectar um equívoco na estimativa de quantitativo de itens formatada na fase interna da licitação, promovendo uma espécie de "subsídio cruzado" entre as partes do lote licitado, de sorte que para o item subestimado, o licitante oferta um preço maior, enquanto que para itens superestimados, o preço ofertado seria menor (FIUZA, Eduardo. Licitações e Governança dos Contratos: a visão dos economistas. In: *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* / Organizado por: Lucia Helena Salgado e Eduardo Fiuza. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 247). A fim de evitar tal prática, impõe-se o estabelecimento de critérios para aceitabilidade de preços unitários (art. 40, X, da Lei nº 8.666, de 1993); (ii) muitas licitações configuram a "barreira de entrada" para exercício de determinada atividade econômico – o exemplo emblemático é a delegação de serviço público. Feito esse introito, é possível que determinada delegação seja subsidiada por projeto estruturado no bojo de um procedimento de manifestação de interesse (Decreto nº 8.428, de 2015). Sabe-se que o elaborador desse projeto goza de conhecimento relevante acerca do objeto que será licitado futuramente, gozando pressupostamente de informações relevantes, as quais não são da alçada dos demais licitantes. Dessa forma, a legislação prevê a possibilidade de que tal particular não participe do futuro certame (art. 18 do Decreto).

146 MUSGRAVE, Richard & MUSGRAVE, Peggy B. *Hacienda Publica Teorica y Aplicada.* Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 7.

147 BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.*São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383; MUSGRAVE, Richard & MUSGRAVE, Peggy B. *Hacienda Publica Teorica y Aplicada.* Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 8.

148 MUSGRAVE, Richard & MUSGRAVE, Peggy B. *Hacienda Publica Teorica y Aplicada.* Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 8.

gozam da benesse derivada dessa espécie de bem, sem promover, contudo, contraprestação específica para sua obtenção. É a lógica do "pagamento pelo vizinho": terei acesso a tal serviço social, mesmo que eu não pague, porquanto o meu vizinho pagará...

Obviamente, se todos agirem de tal forma, essa espécie de bem não será ofertada pela sociedade, uma vez que não haverá cobertura financeira para amparar os dispêndios necessários à oferta do aludido bem social. Eis a razão pela qual o Estado, com o seu Poder de Império, poderá agir na oferta de tal espécie de bem, remunerando-se pela cobrança de tributos não vinculados, tais como os impostos, de sorte que os indivíduos devem adimplir tais obrigações de forma obrigatória, e não compulsória, como sói acontecer na obtenção de bens privados.

Não se pode olvidar que o fornecimento de bens públicos pelo Estado exige fatalmente processos de contratação pública. Afinal, a organização estatal, como cediço, não tem o condão de produzir todos os insumos necessários à realização de suas atividades ordinárias: à título de ilustração, vale lembrar que a atividade aeroespacial, por exemplo, necessita de processos de contratação públicas altamente complexos, como acentuou o autor da frase em epígrafe do presente capítulo, aparentemente maravilhado com essa questão (ou talvez amedrontado...).

Desse modo, um processo competitivo adequado de contratação pública já enseja o fornecimento de bens públicos de forma mais eficiente. Afinal, como já dito, o motivo de tal empreendimento é a presunção de que processos de seleção ensejem contratações mais eficientes, já que a competição entre particulares ocasiona uma aquisição, pelo ente público, por patamares mais baixos do que naturalmente ocorreria caso houvesse uma livre escolha do terceiro que iria fornecer um determinado bem à Administração Pública[149].

Não por acaso, a sistemática de licitação pública é bastante antiga. Há indícios de emprego de certames licitatórios para contratação de prestadores de serviços e realização de obras públicas na Era Romana e durante a Idade Média[150]. Outrossim, no deslinde dos séculos XVIII e XIX, houve uma ampliação do uso da licitação na Europa[151]. Nos dias atuais, a aplicabilidade de instrumentos de seleção objetivos para contratações estatais é generalizada[152].

Assim, se os insumos necessários para sustentar tal fornecimento forem mais módicos, por consequência menos custosa será a manutenção dessa oferta. O uso tradicional do processo licitatório, objetivando a aquisição de bens privados e/ou a prestação de serviços por particulares mais vantajosa, já seria um meio adequado para tornar a oferta de bens públicos mais eficiente.

---

149 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983, p. 170; ARROWSMITH, Sue L. & LINARELLI, John & WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 37 e 61; PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

150 LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 52-3; DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 4. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2010, p. 86.

151 LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 53. Sobre o assunto, convém registrar o fato de que Augusto Olympio VIVEIROS DE CASTRO (VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914, p. 251 e ss.), quando delineou os primórdios da sistemática de execução indireta de obras públicas em nosso país, registrando a influência americana em detrimento do sistema alemão (que estabelecia que as construções de interesse público eram realizadas pela própria organização governamental, sem a atuação de particulares), acabou trazendo interessante detalhamento das legislações europeias então em vigor que estabeleciam a exigência de certames licitatórios para inúmeras espécies de objetos contratuais.

152 Com o fito de comprovar tal tese, pode-se trazer à baila o fato de que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL – *United Nations Comission on International Trade Law)* estabeleceu um modelo padrão de aquisições públicas (o modelo mais recente é do de 2011), em que se visualiza a primazia de critérios objetivos de seleção, privilegiando a competitividade. O próprio fato de tal modelo ter sido construído no bojo da Organização das Nações Unidas (ONU) já evidencia a premissa de que as suas características mais relevantes são coerentes com o que corriqueiramente ocorre nas aquisições públicas perpetradas pelos estados mais representativos da ONU (MORETTINI, Simona. *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). Global Administrative Law and EU Administrative Law**.** New York: Springer, 2011, p. 198).

Sem embargo, uma ferramenta recentemente trazida pela legislação brasileira pode induzir ainda mais a modicidade nas contratações administrativas que embasem o trabalho ordinário estatal. O Regime Diferenciado de Contratação, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, estabeleceu o chamado *contrato de eficiência*, o qual, tendo por objeto a prestação de serviços, é formatado com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Por outro lado, concernente à fragilidade da concorrência mercadológica, segundo exemplo de falha do mercado, a regulação comumente tem o escopo de infirmar abusos de poder, já que a manutenção de um mercado competitivo deriva a presunção de adequação eficiente entre a alocação de oferta de bens e os preços que lhe são correspondentes.

Não se pode olvidar, de qualquer sorte, que o monopólio muitas vezes é o modelo mais adequado para específicas situações. Por exemplo, o privilégio na prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica em determinado espaço[153] poderá ensejar uma economia de escala necessária para viabilização econômica no empreendimento. Afinal, este setor econômico possui custos fixos extremamente altos (custeio de fornecimento de energia pelas companhias geradoras e transmissoras, manutenção das redes locais de distribuição etc.), de sorte que a existência de mais de uma delegatária em uma mesma localidade, com dupla (ou tripla) rede de distribuição, ensejaria custos totais de manutenção proibitivos sem que houvesse uma correspondente demanda singular para acobertá-los.

Não é esse modelo de exclusividade econômica que se combate normativamente. Para tais cenários, a regulação estabelece sistemas de remuneração controláveis pelo ente governamental. O que se combate é o uso ilícito do poder dominante sobre o mercado, com aumento arbitrário dos lucros ou a prática de atos desabonadores da livre concorrência. Assim, muitas vezes a situação prejudicial ao cenário econômico ocorre nos âmbitos oligopolizados, em que os agentes se unem por meio de acordos ilícitos (cartéis, por exemplo), ocasionando a expropriação de recursos do mercado consumidor e muitas vezes a própria ineficiência alocativa na economia[154].

Impende consignar que o processo de contratação governamental pode ser uma ferramenta idônea para fomentar a livre concorrência em determinados setores econômicos.

Com efeito, a própria lógica da competitividade, ordinariamente verificada em sede de processo licitatório, já teria o condão de infirmar a construção de conluios entre os agentes e privilegiar a concorrência[155]. Sem embargo, especificidades na modelagem contratual podem reforçar mais ainda esse viés interventor na seara negocial.

Afinal, já foi citado o exemplo da hipótese de contratação direta prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666, de 1993, o qual a União poderia dispensar licitação com a finalidade de intervir na seara econômica para regular preços ou normalizar o abastecimento. Outrossim, a exigência de *compliance* pelos particulares, estabelecendo-se impedimentos abstratos para participação em certames licitatórios também ter sustentáculo na salvaguarda da livre concorrência, consoante já abordado anteriormente.

Por outro lado, o ente estatal pode estabelecer parcelamento do objeto a ser licitado, com a finalidade primordial de ensejar uma ampliação da competividade no mercado econômico subjacente à disputa licitatória, ostentando benefícios diretos a terceiros distintos da relação administrativa contratual[156].

153 Neste ponto, a "linguagem" econômica e jurídica não são coerentes. Enquanto que qualquer economista denominaria a ilustração trazida como *monopólio*, procurou-se abordar a espécie pela configuração jurídica, qual seja, uma atividade de serviço público em regime de privilégio, ou seja, "a exclusividade na prestação de serviços públicos" (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 135).

154 GICO Jr., Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 78 e ss.

155 PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

156 Em atividades econômicas em sentido amplo que existam barreiras de entradas normativas (concessões, autorizações etc.),

Outrossim, devem ser lembradas as externalidades negativas, que se referem ao repasse dos custos transacionais a terceiros que não fazer parte de uma determinada relação jurídica, sem quem recebam os devidos benefícios[157].

Questões ambientais são exemplos de externalidades negativas. A poluição do ar causada por determinada planta industrial causa efeitos nocivos na saúde dos vizinhos, os quais acabam sendo tratados em unidades públicas de assistência, de sorte que a coletividade acaba assumindo custos oriundos da aludida produção industrial. A atuação estatal, nesse cenário, é a de promover intervenção econômica com o fito de limitar tal assunção coletiva, mediante instrumentos limitadores da atuação econômica (imposição de filtros, por exemplo) ou aplicação de prestações compensatórias[158].

As licitações sustentáveis podem ser um instrumento de incentivo para o desenvolvimento de tecnologias satisfatórias ao meio ambiente[159]. O uso do poder de compra estatal induziria o setor econômico correspondente ao objeto de determinada licitação a atuar conforme metas normativas estabelecidas por políticas públicas[160]. Em médio e longo prazo, todo o mercado, e não apenas aqueles competidores que disputam certames licitatórios, atuariam consonantes com as especificações ambientais estabelecidas pelas contratações públicas[161].

Por sua vez, sobre o objetivo distributivo, anote-se que, em geral, a repartição da riqueza produzida em uma sociedade depende da distribuição dos fatores de produção entre os indivíduos, bem como de especificidades existentes em cada pessoa, tais como a própria aptidão de desenvolver riqueza ou a sorte de obter recursos mediante herança. Tal repartição de renda pode ou não estar coerente com o que o corpo social considere justo[162].

Dessa forma, muitas vezes, por questões de filosofia social, há de se fazer a alocação de recursos em dissonância com o primado exposto acima, promovendo-se uma redistribuição de renda, mediante a aplicação de políticas que desloquem recursos de determinadores setores da sociedade para outros âmbitos do corpo social.

Essa lógica distributiva é bastante aplicável no âmbito do Direito Tributário, por meio de arrecadação de recursos mediante sistema progressivo de tributação ou, ainda, políticas de seletividade na incidência tributária, de sorte que produtos menos essenciais e mais luxuosos gozariam de maior alíquota de impostos. Com

---

o processo licitatório pode ser um elemento fomentador da ampliação de competividade. Vários exemplos podem ser registrados. Alexandre Santos de ARAGÃO (In: *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 327) lembra da discussão judicial ocorrida na 8ª Rodada de Licitações para outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural, quando a ANP estabeleceu critérios limitadores em relação à quantidade máxima de áreas a serem exploradas que poderiam ser disputadas pela mesma companhia petrolífera, restrição acolhida pelo Poder Judiciário a fim de possibilitar o aumento de empresas atuantes no setor. Por sua vez, a licitação para concessão do serviço público de infraestrutura aeroportuária das unidades do Galeão e de Cofins estabeleceu a vedação de que então concessionários pudessem participar do certame, sob o pálio de que isso incentivaria a concorrência no setor, mormente na questão de conexões e voos internacionais (o interessante debate acerca da matéria encontra-se em: ACOCELLA, Jessica & RANGEL, Juliana Cabral C. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. In: Revista BNDES 40, dez/2013, p. 292 e ss.). Por sua vez, em processos licitatórios ordinários para prestação de serviços, o art. 11 do Regime Diferenciado de Contratação permite a adjudicação a mais de um licitante do mesmo objeto contratual, com efeito mediato na concorrência, já que o poderio econômico derivado de um determinado contrato com a Administração Pública poderia trazer uma grande vantagem a agente econômico, de sorte que, mediante lógica de subsídio cruzado, tentaria alijar os demais competidores do mercado na prestação de serviços a particulares. A normatização em comento evita tal empreendimento, já que possibilita a contratação de vários particulares de forma concomitante pelo Estado.

157 BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*.São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 22.

158 MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 29.

159 BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 9, n. 108, dez. 2010, p.27-49.

160 FERREIRA, Daniel. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 42-3.

161 FERREIRA, Daniel. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 47.

162 MUSGRAVE, Richard & MUSGRAVE, Peggy B. *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*. Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 11.

efeito, neste âmbito jurídico, prioriza-se, em geral, o primado da capacidade contributiva em detrimento do princípio da equivalência ou do imposto *per capita*[163].

A sistemática de benefício para pequenos empreendedores em regimes licitatórios, já explicitada anteriormente nesta dissertação, é ilustração emblemática do uso da contratação governamental com objetivo distributivo. Com efeito, pondera-se a plena competividade da licitação, outorgando-se privilégios aos pequenos empreendedores, a fim de que estes tenham maior possibilidade de êxito nas disputas licitatórias.

Conforme informações obtidas pelo Informativo COMPRASNET 2014, produzido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI)[164], o percentual de participação de pequenos empreendedores nas aquisições públicas federais passou de 23% (vinte e três inteiros por cento), em 2008, para 30% (trinta inteiros por cento) em 2013, o que denota o aparente sucesso das políticas indutivas perpetradas pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

Hipóteses também relatadas doutrinariamente e enquadradas nessa lógica de objetivo distributivo são as de contratações diretas cujo interesse imediato seriam a viabilidade econômica de entidades privadas cuja paralisação ensejariam consequências danosas à comunidade. Nesse caso, não se estaria usando a Função Regulatória da Contratação Governamental com o mister de solucionar ineficiências econômicas, mas efetivamente o de sustentar a manutenção de empresas por motivos distintos da mera alocação adequada de recursos financeiros, mas com espeque em valores de cunho social e distributivo, tais como a salvaguarda do emprego dos trabalhadores.[165]

2.3. A consonância das margens de preferência com os primados da Ordem Econômica.

Como exposto anteriormente, a sistemática de margem de preferências adveio em nossa legislação por intermédio da Medida Provisória nº 495, de 2010. No bojo da sua exposição de motivos, documento que, como cediço, faz uma breve introdução acerca das razões que ensejaram a construção normativa, extrai-se uma série de balizas delimitadoras de sua aplicabilidade aos processos de licitação.

Inicialmente, a exposição de motivos reconhece que a contratação governamental é instrumento deveras relevante no cenário econômico, gozando, por conseguinte, de mister importância no sentido de promover o desenvolvimento econômico e fortalecer as cadeias produtivas de bens e serviços nacionais. Por outro lado, enaltece a relevância de fomentar a inovação em nosso país, também em vista dos seus efeitos no incremento da produtividade.

O uso, pois, do poder de compra governamental "como instrumento de promoção do mercado interno" enseja um "correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país".

---

163 O princípio da capacidade contributiva, difundido ao redor do mundo, consubstancia a correlação entre o montante de renda de um indivíduo e o numerário pago a título de tributos, de sorte que quanto maior a renda, mais alta será a tributação. Tributo "per capita" consubstancia o pagamento de um valor fixo por parte de cada indivíduo, enquanto que o princípio da equivalência corresponde ao pagamento de tributos proporcional ao uso de serviços fornecidos pelo Estado. Assim, aqueles que costumam receber maior atenção da entidade governamental (os mais pobres), tendem a pagar mais tributos. (TIPKE, Klaus & YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27-31).

164 SLTI. Informações Gerenciais de Compras e Contratações Públicas: Microempresas e Pequenas Empresas. Disponível em: http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/02-informativo-comprasnet-mpe-jan-a-julho.pdf. Acesso em: 12/01/2016.

165 Flávio Amaral GARCIA (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177) relata o caso de uma dispensa de licitação emergencial, com espeque no art. 24, IV, da Lei nº 8.666, de 1993, cujo objeto era a aquisição de leite pelo Estado do Rio de Janeiro diretamente de uma unidade industrial de Itaperuna/RJ, cujos fornecedores eram cooperativas locais. Aduziu-se que, a despeito do interesse administrativo na aquisição do laticínio, a situação emergencial se referia à necessidade de manutenção econômica da indigitada entidade privada, cuja falência poderia prejudicar cerca de 85 mil pessoas (entre pequenos proprietários rurais e empregados). Luciano FERRAZ (FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 19. Salvador. Ago/Out 2009) também acolhe a possibilidade de que a contratação direta possa ser utilizada com o fito de sanear empresas em sérias dificuldades financeiras, "todas as vezes que os efeitos sociais decorrentes de sua bancarrota puderem desestabilizar econômica e socialmente importantes segmentos do país".

Diante disso, a exposição de motivos expõe que os fundamentos de lastro constitucional que embasam a sistemática em comento seriam:

> (i) o art. 3º, II, da Constituição Federal, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
>
> (ii) o art. 170, I e VII, da Constituição Federal, relacionados com à organização da ordem econômica, a qual deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego;
>
> (iii) o art. 174 da Constituição Federal, que delineia o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica; e
>
> (iv) o art. 219 da Constituição Federal, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Verifica-se, pois, que o lastro constitucional das margens de preferência é bastante expressivo, com várias matizes distintas. Essa premissa enseja, por conseguinte, a ilação de que o embasamento para construção legal da referida sistemática constitucional também acaba sendo difuso, mercê da amplitude de interesses sufragados no corpo da Ordem Econômica Constitucional, já delineando no início do presente capítulo.

Fazendo uma análise das disposições constitucionais indicadas, é de se enaltecer que o art. 174 da Constituição Federal seria a disposição norteadora do uso da contratação governamental como função regulatória. Com efeito, como consignado anteriormente, o referido preceito constitucional é o arcabouço jurídico que ampara a atuação indireta do Estado na seara econômica.

Sem embargo de tal preceito ser a disposição autorizadora dessa função, aquele comando não seria o suficiente, por si, para permitir específico comportamento administrativo na atuação regulatória da contratação governamental. Afinal, a igualdade é primado de realce na metodologia de contratação governamental, consoante abordado outrora, de sorte que se reputa necessário um comando constitucional expresso que embase o tratamento distinto pretendido pela normatização regulatória.

Continuando, as margens de preferência foram delineadas também com base na premissa de que o desenvolvimento nacional configura um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro (art. 3º, II, da Constituição Federal).

A compreensão do sentido de desenvolvimento no cenário jurídico já foi abordado nesta sede, abarcando a promoção do bem-estar social de várias matizes, com escopos sociais, econômicos e ambientais.

Dessarte, esse preceito, ao passo que ampara uma conduta assertiva do Estado no atingimento de determinada finalidade (na espécie, a promoção do desenvolvimento nacional), da mesma forma do art. 174 da Constituição Federal, não tem o condão, contudo, de transparecer valores constitucionais concretos que sustentem a sistematização de privilégios para produtos e serviços nacionais, foco da metodologia das margens de preferência.

Por outro lado, há a menção ao art. 219 da Constituição Federal no bojo da exposição de motivos da normatização em comento. Com efeito, o referido dispositivo registra que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento, o bem estar da população e a autonomia tecnológica.

Assim, esse preceito constitucional objetiva a tutela, por si, da instituição "mercado interno", com a finalidade de engendrar o aprimoramento do desenvolvimento nacional, bem estar da população e a autonomia tecnológica.

Como dito, o art. 219 da Constituição Federal traz em seu âmago uma defesa institucional do "mercado interno". Perceba-se: com espeque neste dispositivo, não há salvaguarda direta aos produtores de bens ou prestadores de serviços, mas uma ideia de incentivo ao mercado interno. Esse fomento tem como finalidade

a viabilização do desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica brasileira. O meio de fomento ("incentivo"), pois, tem um escopo direto ("viabilização" dos valores registrados acima).

Com efeito, o mercado é o *locus* de intercâmbio de bens e serviços na seara econômica. Fornecedores de bens e serviços e consumidores atuam em tal sítio com o fito de promover negociações que encetam, ao fim, transações reputadas vantajosas entre os partícipes.

Sem adentrar no mérito se o mercado é um sito construído juridicamente ou gerado espontaneamente[166], não há dúvidas de que o Estado pode moldá-lo, com a finalidade de atender a desideratos pretendidos normativamente.

Isso fica bastante evidente no cenário de políticas estruturadas com a finalidade de combater abuso de poder econômico. Nesse sentido, o Estado, além de construir sistemáticas de proteção ao mercado em face de dirigismos desproporcionais do campo político, também deve salvaguardá-lo em face dos próprios agentes econômicos[167].

Com efeito, já se delineou no corpo da presente dissertação que o Estado pode atuar com a finalidade de corrigir "falhas de mercado", com o fito de trazer eficiência ao cenário econômico[168]. E, dentre as eventuais "falhas de mercado", vale trazer à baila a existência de monopólios/oligopólios que ensejam um forte controle sobre os preços de transações em específico setor econômico.

Em suma, a construção de mecanismos normativos que tutelem o "mercado interno" com o fito de promover efeitos positivos na realidade brasileira, tais como a promoção do bem-estar da população, está condizente com o espírito existente no art. 219 da Constituição Federal.

Aplicando esse regime jurídico à sistemática das margens de preferências, consigne-se que a metodologia pode ser empregada com o fito de promover uma alocação mais eficiente na economia, haja vista a possibilidade de induzir um maior número de competidores em licitações públicas, mediante equalização de custos, conforme sistemática exposta já no bojo do capítulo primeiro dessa dissertação.

O uso da margem de preferência com tal intuito tem como escopo salvaguardar um nicho específico de determinado mercado (no caso, o fornecimento de bens e serviços à Administração Pública), sem preocupar-se, propriamente, com questões de cunhos distributivos.

Outrossim, a sistemática pode ampliar o número de produtores de bens e serviços nacionais e eliminado eventuais oligopólios, de origem internacionais, prejudiciais ao mercado subjacente à margem de preferência aplicada. Com efeito, a criação de um decreto, estabelecendo margem de preferência para setor específico, é uma atuação regulatória do Estado com o objetivo de incentivar a produção futura de bens e serviços. Afinal, partindo-se do princípio de que o Estado garante, durante um determinado período, um tratamento diferenciado para produtores de bens nacionais com determinadas características, o papel de relevo da contratação governamental como indutor econômico, como já tanto evidenciado nesta sede, induziria a produção autóctone de bens e serviços no respectivo mercado, expurgando prejuízos derivados de abusos de poderio econômico engendrados por oligopólios internacionais.

---

166 Natalino IRTI (IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 39, p.94, jan. 2008, p. 94), seguido por vários juristas brasileiros, tais como Eros Roberto GRAU (In: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 27 e ss.) e Felipe Raminelli LEONARDI (In: A liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.* N. 12. Salvador. Novembro/dezembro-2008) acentuam que o mercado é uma instituição jurídica, sendo, assim, um sito artificial, engendrado pelo direito e modificado pelo cenário histórico. Não há, como aduz o jurista italiano, nenhum mercado que não necessita de institutos jurídicos, tais como a propriedade privada e o contrato. Cass SUNSTEIN concorda com tal visão (SUNSTEIN, Cass. *Free markets and Social Justice.* Oxford: Oxford University, 1999, p. 5). Com efeito, IRTI faz uma confrontação direta à tese do economista Friedrich von Hayek (HAYEK, Friedrich von. The confusion of Language in Political Thought. In: *News Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. London: Routledge, 1990, p. 90 e ss.).

167 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

168 SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

A metodologia de margens de preferência, nessa senda, agiria como um instrumento de salvaguarda do "mercado interno", expurgando a aludida falha de mercado e estaria coerente, por conseguinte, com o desiderato pretendido pelo art. 219 da Constituição Federal.

Finalmente, a margem de preferência adicional teria o condão de incentivar a inovação, a fim de privilegiar a autonomia tecnológica em nosso país. O estabelecimento de tal espécie de margem induziria o mercado subjacente ao escopo do seu decreto instituidor a promover políticas autóctones de inovação, no afã de permitir a oferta de produtos e serviços mais qualitativos ao mercado, utilizando-se, contudo, de menos recursos.

Por outro lado, convém lembrar que os incisos I e VII, do art. 170 da Constituição Federal, relacionados com a organização da Ordem Econômica, estabelecem a necessidade de observância dos princípios da soberania nacional e da busca do pleno emprego, primados que também foram utilizados na exposição de motivos como fundamento da sistemática das margens de preferência.

O que se extrai dessa premissa é que a margem de preferência deve também ter o condão de trazer efeitos sistêmicos no âmbito econômico nacional. Deveras, a sistemática pode ser engendrada com a finalidade de promover o desenvolvimento de específico setor, com a finalidade de ensejar consequências positivas no tocante à produção de renda e alocação de empregos locais.

Com efeito, apegando-se ao fundamento previsto no art. 170, VIII, da Constituição Federal, no sentido de que a ordem econômica brasileira deve primar pela busca do pleno emprego, pode-se construir uma margem de preferência com a finalidade de proteger produtores e prestadores de bens e serviços nacionais, independente das características singulares existentes em cada setor econômico.

Com espeque na situação epigrafada, o Estado acabaria promovendo uma política exclusivamente protecionista, no sentido de resguardar produtores de bens/serviços nacionais em detrimentos daqueles oriundos do estrangeiro. Em tal cenário, o aumento, em longo prazo, de produtores de determinados bens em nosso país engendraria como consequência direta o estimulo à geração de emprego.

Sintetizando, observa-se que a grande amplitude de comandos existentes no corpo da Ordem Econômica Brasileira ampara a juridicidade do uso das margens de preferência tanto por motivos de eficiência econômica, de incentivos à inovação tecnológica local ou de caracteres distributivos, com o fito de manter o pleno emprego em determinado setor econômico.

3. O EXAME DAS MARGENS DE PREFERÊNCIA IMPLANTADAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

> "With its power to prohibit or compel, to take or give money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries" (George J. Stigler)

O capítulo primeiro desta dissertação teve como escopo discorrer, de forma abstrata, acerca da sistemática das margens de preferência em licitações públicas.

Conforme a legislação de regência, explicou-se que a margem de preferência seria estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: (i) geração de emprego e renda; (ii) efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (iii) desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (iv) custo adicional dos produtos e serviços; e (v) em suas revisões, análise retrospectiva de resultados[169]. Após a elaboração desses estudos e o trâmite do

169 Art. 3º, §6º, da Lei nº 8.333, de 1996.

itinerário administrativo explicitado no capítulo primeiro desta dissertação, decreto presidencial definiria as margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco) por cento sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros

Registrou-se, outrossim, que foram editados, até este instante, vários decretos implementando margens de preferência para inúmeras espécies de produtos nacionais.

Por outro lado, o segundo capítulo deste empreendimento acadêmico abordou a Função Regulatória da Contratação Governamental, alicerce teórico para estruturação de medidas de políticas públicas engendradas no âmbito das aquisições públicas. Consignou-se que a Função Regulatória poderia ostentar os mais diversos efeitos no âmbito econômico, de sorte que a sistemática de contratação estatal pode ter efeitos alocativos, quanto pode ensejar consequências distributivas.

No final da segunda parte desta dissertação, correlacionou-se a metodologia das margens de preferência com os primados da Ordem Econômica Constitucional, concluindo-se que haveria embasamento constitucional para o uso do referido instrumento com finalidades distributivas ou de eficiência.

Fulcrado nessas premissas, o objetivo da primeira parte do presente capítulo é descrever as margens de preferências estabelecidas em nosso país, avaliando-se os decretos e os estudos que lhe subsidiaram. Para tal mister, solicitou-se, via procedimento estabelecido pela Lei de Acesso à Informação, cópia dos estudos de que o art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993, bem como cópia de atas das deliberações feitas pelo Comitê Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), documentação prontamente fornecida pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE). Toda essa documentação, que corresponde a centenas de páginas, se encontra digitalizada, em CD apensado como anexo da presente dissertação.

Após essa descrição, promover-se-á uma avaliação crítica das margens já estabelecidas, delineando-se a existência de falhas regulatórias nas suas respectivas implementações.

3.1. Os setores econômicos beneficiados com as margens de preferências

A edição de decretos atingiu diretamente 14 setores econômicos. Conforme estatísticas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), ocorreram até 31 de dezembro de 2015, 3.405 processos de licitação com margem de preferência, que correspondem a contratações públicas do importe de R$ 5,58 bilhões de reais[170]. Percebe-se, pois, o grande vulto relacionado com a sistemática.

Examinar-se-á, nesta sede, a aplicabilidade das margens de preferências em todos os setores selecionados, mediante decreto(s) específico(s). A avaliação será cronológica, anotando-se, ademais, que as primeiras margens de preferência gozarão de exame naturalmente mais detalhado, com o fito de explicitar a metodologia empregada, havendo, nas hipóteses seguintes, uma análise bem mais sintética, haja vista que reiterarão, em geral, as premissas metodológicas utilizadas nas primeiras margens.

Sem embargo, questões específicas serão anotadas, uma vez que têm pertinência com a segunda parte do presente capítulo, preocupada com a avaliação qualitativa da sistemática indutora de contratação governamental em comento.

Margem de preferência para confecções, calçados e artefatos

A primeira margem de preferência foi estabelecida em licitações relacionadas com bens do setor de confecções, calçados e artefatos correspondentes, por intermédio do Decreto nº 7.601, de 7 de novembro de 2011.

170 Conforme informações obtidas no COMPRASNET.

O estudo de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, foi realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Naquela sede, delineou-se que a referida margem seria eminentemente experimental, para incidir em licitações então previstas no setor de defesa militar para o final do ano de 2011, de valor estimado de R$ 300 milhões.

De pertinente no âmbito econômico, extraem-se as seguintes informações: (i) o saldo comercial internacional do setor era então deficitário em mais de um bilhões de dólares (acumulado de doze meses até julho/2011); (ii) houve grande declínio na produção autóctone de bens têxteis desde 2005, a despeito do então avanço econômico interno, mercê da concorrência de produtos de procedência asiática.

Por sua vez, com a finalidade de promover o cálculo da margem de preferência, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI) repassou dados relacionados com setenta pregões realizados pelo Exercício Brasileiro de 2005 a 2011.

Diante dessas informações, por meio de cálculos econométricos, a FGV estimou a diferença de custos entre os fornecedores de produtos estrangeiros e os fornecedores de produtos nacionais que participaram das referidas licitações, com base na metodologia de cálculo trazida por Florence NAEGELEM e Michel MOUGEOT[171]. Aplicando tal instrumento econométrico, a FGV estimou a margem de 8,17% (oito inteiros e dezessete centésimos por cento) como adequada para fins de equalização das diferenças de custos entre os fornecedores nacionais e os fornecedores de bens têxteis estrangeiros.

A lógica econômica subjacente a este método é *a teoria dos leilões*[172]. Com efeito, como já abordado anteriormente, cada particular, quando pretende participar de um futuro certame licitatório, promove uma estimativa de custos do bem a ser ofertado. Sem embargo, há assimétrica de informações[173] entre o tomador de bens/serviços (no caso, o órgão licitante) e o licitante, acerca dos custos reais para oferta pelo particular do objeto em disputa licitatória.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto factual de que os fornecedores de produtos estrangeiros, em determinado setor, tenham custos menores do que os produtos nacionais, uma modulação dos efeitos da distinção de custos entre os referidos parâmetros teria o condão de ampliar a competividade, haja vista induzir os licitantes de bens estrangeiros a serem mais agressivos na licitação, bem como ampliará a chance do licitante ofertante de bem nacional de lograr êxito na disputa, o que ensejaria, por conseguinte, também uma conduta mais assertiva dessa espécie de disputante[174].

Sem embargo, como a Administração Pública não conhece os custos de cada licitante que participará de uma futura licitação relacionada com o setor econômico da margem de preferência, até mesmo pela assimetria de informação registrada anteriormente, procurou-se, na espécie, promover uma avaliação retrospectiva das licitações passadas, a fim de estimar a distribuição de custos entre os licitantes que apresentem bens nacionais e aqueles que ofertem bens de procedência estrangeira. Nesse caso, a diferença média entre tais termos configuraria o índice percentual sugerido para fins de futura margem de preferência[175].

A CI-CP, em 28 de setembro de 2011 (1ª Reunião), deliberou por aplicar a margem de preferência em 8% (oito inteiros por cento) e, por conseguinte, o mencionado decreto foi editado com prazo de vigência diminuto de seis meses, haja vista seu caráter experimental. Registre-se, por oportuno, que: (i) existiu motivação no estudo, no sentido de que a margem fosse aplicada linearmente a todos os bens indicados no Anexo I do

171 NAEGELEN, Florence & MOUGEOT, Michel. Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives. *Journal of International Economics,* vol. 67, 1998, p. 349-367.

172 Sobre o emprego da teoria dos leilões com o mister de expurgar a informação assimétrica, vide: McAFEE, R. Preston. & McMILLAN, John. Auctions and Bidding. *Journal of International Economics*, vol. 25, 1987, p. 699-738.

173 "A informação assimétrica ocorre quando as pessoas têm diferentes níveis de conhecimento sobre as circunstâncias de uma negociação" (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*.São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 269).

174 Questões mais detalhadas sobre essa premissa econômica foram delineadas no primeiro capítulo desta dissertação.

175 Em grosso modo, essa foi a sistemática empregada para indicação do valor das margens de preferências. Situações específicas serão apontadas no instante da avaliação dos setores econômicos beneficiados com as margens.

Decreto, haja vista que a estrutura de custo entre tais produtos seria similar e; (ii) o estudo não teve preocupação substancial sobre os efeitos sistêmicos da incidência das margens de preferência sobre a cadeira produtiva, em atenção aos mais diversos incisos do art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, preocupando-se basicamente em promover o diferencial de custos entre produtos nacionais e produtos estrangeiros. O argumento foi no sentido de as próximas margens teriam estudo mais aprofundado na temática.

Após o decurso da vigência do referido decreto, foi editada uma nova margem de preferência relacionada com o setor têxtil, bem mais abrangente, por intermédio do Decreto nº 7.756, de 2012.

O estudo relacionado com tal ato normativo foi, mais uma vez, realizado pela FGV. Inicialmente, foi feito um panorama do setor têxtil em nosso país, aduzindo sua importância econômica, bem como explicitando que enquanto os produtos têxteis derivados de fibras naturais são plenamente competitivos internacionalmente, a produção nacional de fios sintéticos sofria com a competição externa, havendo, neste parte específica, um grande déficit comercial (mais de 2 bilhões de dólares em 2011).

Para fins de conhecimento da distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, a Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE) repassou dados pertinentes a 194 pregões, ocorridos entre 1999 a 2011, para aquisição de produtos têxteis pela União. Neste caso, ao contrário do estudo feito na margem anterior, procurou-se fazer uma análise mais generalizada, não abarcando apenas certames ocorridos no cenário militar. A margem referencial que retrata a diferença de custos entre os dois parâmetros foi estabelecida em 22,4% (vinte e dois inteiros e quatro décimos por cento).

Por sua vez, o estudo avaliou também o *coeficiente de transferência esperada* (CTE), isto é, os efeitos sistêmicos da aplicação da margem de preferência sobre a produção nacional, em atenção inclusive ao disposto no art. 3º, §6º, I a IV, da Lei nº 8.666, de 1993.

Deveras, a previsão de uma margem de preferência para futura licitação amplia a possibilidade de que um licitante ofertante de bem/serviço nacional logre êxito na disputa. Assim, esse cenário implica proporcionalmente uma ampliação do impacto sobre a produção, renda e emprego internos, de sorte que, quanto maior for uma margem, maior a chance de que um ofertante de bem/produto nacional ganhe a licitação e, por conseguinte, mais significativa seria o impacto sobre a produção nacional.

Explicitando melhor tal ilação, observa-se que o cálculo da margem de preferência tem como mister aferir a diferença de custos entre bens nacionais e produtos de procedência estrangeira, de sorte que o percentual obtido configuraria um valor referencial, que ensejaria uma ampliação da competividade nas licitações sem que ocorresse impacto maior na despesa da aquisição governamental. Em suma, neste importe, haveria efeito neutro nos gastos estatais. Assim, margens de preferências estabelecidas abaixo de tal valor referencial poderiam configurar até uma redução de gastos públicos, já que a indução à competividade tenderia a ser maior do que a efetiva equalização dos custos entre os bens nacionais e os bens estrangeiros. Por sua vez, margens de preferência estabelecidas acima de tal valor tenderiam a promover uma ampliação da despesa governamental, visto que a princípio a maior assertividade do competidor de bem estrangeiro não seria compensada, haja vista que o benefício outorgado ao produtor ofertante de bem nacional superaria o diferencial de custo aferido pela área técnica[176].

Por outro lado, o cálculo do CTE tem uma premissa distinta. Como o seu objetivo é o de determinar o futuro impacto econômico sobre a geração de renda, emprego e arrecadação tributária ocasionado pela vitória de um produtor de bem/serviço nacional, quanto maior a possibilidade de que um licitante de bem nacional ganhe a disputa, maior será tal impacto e, consequentemente, tal coeficiente. Assim, o CTE crescerá de forma paulatina, acompanhando o aumento do valor da margem de preferência

176 Esse é, em linhas gerais, o resumo da argumentação tecida no estudo técnico em comento, embasado, vale mais uma vez aditar, na tese econômica de Florence NAEGELEM e Michel MOUGEOT, abordado superficialmente no capítulo primeiro desta dissertação.

Feito o esclarecimento, para fins de aferição do CTE, a FGV empregou a matriz do insumo-produto, instrumento econométrico que promove a relação entre os mais diversos setores econômicos[177]. Diante desse arcabouço e partindo-se da estimativa de importe de R$ 1 bilhão em licitações durante a vigência do futuro decreto, a margem de preferência referencial de 22,4% ensejaria um aumento de demanda de bens nacionais na área têxtil em R$ 96 milhões, gerando efeitos sistêmicos no quantitativo de 15.143 empregos adicionais, um aumento do PIB nacional em R$ 329 milhões e um aumento da arrecadação de impostos em R$ 56 milhões.

Após deliberação da CI-CP em 2 de maio de 2012 (4ª Reunião), o decreto em comento estabeleceu margem de preferência linear de 20% para várias espécies de bens no setor de confecções, calçados e artefatos têxteis. Não houve indicação de margem de preferência adicional. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelos Decretos nº 8.167, de 2013, e 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras

A margem de preferência para licitações cujo objeto fosse a aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras foi implementada pelo Decreto nº 7.709, de 2012, modificada superveniente pelo Decreto nº 8.002, de 2013. As margens de preferências foram variadas no referido ato normativo, dependendo da espécie de produto beneficiado, havendo previsão de índices de 10% (dez inteiros por cento) a 25% (vinte e cinco por cento).

O estudo em comento foi realizado pela Associação Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Aduziu o fato de que o então Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) pretendia realizar aquisição de máquinas relacionadas com o setor em comento, com o fito de distribuir em 1300 municípios. Registrou que o setor econômico goza de superávit comercial nas transações internacionais. Consignou, porém, que estava havendo o consequente avanço de empresas chinesas em mercados onde o Brasil exporta. Dessa forma, com a finalidade de obtenção da distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, a ABDI realizou uma sistemática de cálculo de margem de preferência referencial diferente, uma vez que o parâmetro de custos dos bens nacionais e bens estrangeiros não se baseou em licitações passadas, mas de confronto entre os valores médios do maquinário brasileiro que é exportado e do preço de exportação de veículos fabricados exatamente por produtores chineses.

A CI-CP , em 22 de março de 2012 (2ª Reunião), acolheu o estudo. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para fármacos e medicamentos

A margem de preferência para licitações cujo objeto fosse fármacos e medicamentos nacionais foi implementada pelo Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012[178].

O estudo de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, foi realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Registrou-se, de pertinente, naquela sede que: (i) as espécies de fármacos/medicamentos indicados para fins de ulterior margem de preferência foram sugeridos pelo Ministério da Saúde, por intermédio da Nota Técnica nº 159/2011/DECIIS/SCTIE/MS, de 2011; (ii) o setor de produção de medicamentos e fármacos em nosso país é extremamente robusto, com receita anual superior a R$ 44 bilhões, havendo contudo grande possibilidade de expansão; (iii) muitos medicamentos que utilizam em sua fórmula fármacos

177 Detalhes dessa matriz foram abordadas no primeiro capítulo desta dissertação.

178 Fármacos configuram os insumos para fabricação dos medicamentos (denominado princípio ativo), enquanto que medicamento é o produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico (art. 4º, II, da Lei nº 5.991, de 1973).

nacionais (grupo 2 do anexo I do Decreto) só possuem um fabricante nacional (dos 37 produtos, apenas 19 possuem mais de um fabricante); (iv) havia grande déficit comercial na balança comercial no setor de medicamentos, sendo que, em 2011, o saldo negativo na área de fármacos era de US$ 480 milhões (Didanosina e Tenofovir eram responsáveis por mais de 50% desse déficit), enquanto que na área de medicamentos o "rombo" era de US$ 1,5 bilhão (Captropril e Estavudina eram responsáveis por 63% do déficit); e (v) a indústria farmacêutica investe consideravelmente mais em pesquisa e desenvolvimento do que as demais classes industriais, mercê do processo de inovação ser inerente a tal setor econômico.

Para fins de conhecimento da distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, a SPE repassou dados pertinentes a 371 licitações feitas pelo Ministério da Saúde, ocorridas entre 2001 a 2011, para aquisição de medicamentos, e 529 certames, no mesmo período e feitas pelo mesmo órgão, para aquisição de fármacos. A margem referencial que retrata a diferença de custos entre os dois parâmetros foi estabelecida em 7,8% (sete inteiros e oito décimos por cento) para medicamentos, uma vez que se percebeu uma vitória de produtores de remédios nacionais em boa parte dos casos. Por sua vez, no caso de fármacos, o referencial da margem de preferência foi de 20,4% (vinte inteiros e quatro décimos por cento). A FGV também fez os cálculos de praxe pertinentes ao *coeficiente de transferência esperada*, para fins de aferição do impacto sobre renda, arrecadação tributária, produção e emprego.

A CI-CP seguiu o teor do estudo, conforme deliberação de 2 de abril de 2012 (3ª Reunião), de sorte que o decreto em comento estabeleceu seis grupos de fármacos/medicamentos no seu anexo I. No caso dos produtos do grupo 1 (medicamentos nacionais que utilizem fármacos importados), aplicou-se a margem de preferência de 8% (oito inteiros por cento), enquanto que no grupo 2 a 4 (específicos tipos de medicamentos e fármacos) se aplicou a margem de 20% (vinte inteiros por cento), enquanto que para os medicamentos nacionais que utilizem em sua formulação biofármacos com produção tecnológica integrada no país (grupos 5 e 6), estabeleceu-se margem ordinária de 20% (vinte inteiros por cento) e margem adicional de 5% (cinco inteiros por cento). O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelos Decretos nº 8.167, de 2013, e 8.626, de 2015, de sorte que para boa parte dos produtos lá indicados, a eficácia da sistemática é até o dia 30 de março de 2017.

Margem de preferência para equipamentos e utensílios hospitalares

A margem de preferência para licitações cujo objeto fossem insumos e equipamentos hospitalares foi implementada pelo Decreto nº 7.767, de 2012. As margens de preferências foram variadas no referido ato normativo, dependendo da espécie de produto beneficiado, havendo previsão de índices de 8% (oito inteiro por cento) a 25% (vinte e cinco por cento).

Conforme solicitação feita pela Lei de Acesso à Informação (LAI) à SPE, verificou-se a existência de vários estudos específicos para subsidiarem as referidas margens. Os estudos, em geral, enalteceram o fato de que o Brasil possui grande déficit comercial neste setor, principalmente em face de países asiáticos, e assim uma política industrial na espécie soara importante, mormente pela premissa de que tal âmbito econômico em nosso país ainda não estaria consolidado, ao contrário dos países desenvolvidos, de sorte que a ampliação da demanda no futuro ainda seria factível.

Com a finalidade de obtenção da distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, a SPE repassou dados pertinentes a 1160 licitações realizados entre 2009 a 2011 pela União para aquisição de utensílios hospitalares, e 182 certames feitos entre 2010 e 2011 pela União para aquisição de equipamentos hospitalares. A margem referencial que retrata a diferença de custos entre os dois parâmetros foi estabelecida em 30,4% (trinta inteiros e quatro décimos por cento) para equipamentos hospitalares e 30,8 % (trinta inteiros e oito décimos por cento) para utensílios hospitalares, superior ao limite legal, de sorte que os estudos apontaram, por conseguinte, um valor referencial de 25% (vinte e cinco inteiros por cento). A FGV também fez os cálculos de praxe pertinentes ao *coeficiente de transferência esperada*, para fins de aferição do impacto sobre

renda, arrecadação tributária, produção e emprego.

A CI-CP não parcialmente os estudos. Com efeito, como os estudos promoveram uma análise global dos custos de cada setor[179], houve a aprovação de margens de preferência distintas[180]. Não houve indicação de margem de preferência adicional. O prazo de vigência do decreto é até o dia 30 de junho de 2017.

Margem de preferência para papel moeda

A margem de preferência para fornecimento do papel-moeda para impressão foi implementada pelo Decreto nº 7.810, de 2012. Como sabido, que tem o monopólio da impressão de papel moeda em nosso país é a empresa pública federal CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB)[181] e, por conseguinte, essa margem de preferência teria incidência específica em licitações ocorridas no âmbito da CMB.

O estudo de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, foi realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Consignou-se em tal documento que o mercado mundial de fornecimento de insumos para fabricação do papel moeda é bastante concentrado, havendo, apenas sete grandes *players*. Por sua vez, apenas uma dessas entidades possuiria fabrica em nosso país, sendo, então, o grande fornecedor do insumo em comento à CMB[182]. Para fins de cálculo do valor referencial da margem de preferência, a FGV não utilizou a praxe de examinar certames licitatórios anteriores[183]. Com efeito, confrontou o preço do insumo papel moeda importado em 2012 com o valor do insumo papel moeda exportado no mesmo ano pela única fabricante nacional e equalizando as diferenças tributárias, apontou pela diferença de custos em 29% (vinte e nove inteiros por cento), superior ao limite legal, de sorte que sugeriu o valor de 25% (vinte e cinco inteiros por cento). A FGV também fez os cálculos de praxe pertinentes ao *coeficiente de transferência esperada*, para fins de aferição do impacto sobre renda, arrecadação tributária, produção e emprego, considerando a aquisição de R$ 250 milhões.

A CI-CP (7ª Reunião), em 16 de agosto de 2012, acatou parcialmente o estudo, sugerindo que a margem de preferência fosse do importe de 20% (vinte inteiros por cento). Não houve indicação de margem de preferência adicional. O prazo de vigência do decreto é até o dia 30 de junho de 2017. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para aquisição de veículos para vias férreas

A margem de preferência para licitações cujo objeto fosse a aquisição de veículos para vias férreas foi implementada pelo Decreto nº 7.767, de 2012. As margens de preferências foram variadas no referido ato

179 Isto é, promoveu, por exemplo, dentro do setor de equipamentos hospitalares, uma parametrização de custos global, incluindo dentro da mesma margem de preferência referencial (30,4%) objetos bastante distintos, tais como a mesa cirúrgica (no qual o decreto apontou a margem de preferência de 8%) e tomógrafos (em que foi aprovada margem de preferência de 25%).

180 Vide o teor da Ata da 6ª Reunião do CI-CP, realizada em 26 de junho de 2012, que aprovou os valores referenciais: "o secretario executivo da CI-CP informou que o estudo técnico foi apreciado em reunião do Grupo de Apoio Técnico, que sugeriu a aplicação de margem de preferência adicional. Com base nos estudos realizados pela FGV e nas estratégias adotadas para reduzir a vulnerabilidade e induzir a produção nacional, o Ministério da Saúde ponderou sobre a necessidade de adoção de margens que considerem o grau de intensidade tecnológica dos produtos, a capacidade instalada de plantas nacionais e a indução à produção, mediante a utilização da série gradiente que tem aplicação direta. A inclusão de margem de preferência adicional, no estágio atual, não produziria os efeitos desejados no fomento à indústria nacional, a exemplo da aplicação do gradiente tecnológico proposto que consegue produzir efeito positivo nos produtos mais complexos e que estão mais vulneráveis. A CI-CP, com base nos estudos da FGV, argumentações do Ministério da Saúde e limites percentuais vigentes sugeriu a aplicação das margens de preferência de 8%, 15%, 20% e 25%, sem aplicação de margem de preferência adicional".

181 Em face do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.895, de 1973.

182 Consigne-se inclusive que mediante pesquisa no sítio de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, observa-se que tal entidade foi contratada durante décadas por inexigibilidade de licitação para fornecimento do papel fiduciário (vide Acórdãos TCU Plenário 2166/2005 e 1183/2007). Durante a época do estudo, observa-se que a referida entidade ainda era contratada diretamente pela CMB, tendo em vista a informação constante no quadro 19 do indigitado estudo, que confirma tal ilação.

183 Até mesmo pelo fato de que a CMB fazia contratações diretas, como registrado na nota de rodapé anterior.

normativo, dependendo da espécie de produto beneficiado, havendo previsão de índices de 8% (oito inteiro por cento) a 25% (vinte e cinco por cento).

O referido estudo teve uma abordagem diferente das anteriores. De início, elencou a previsão de licitações a serem realizadas pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e da Empresa Brasileira de Trens Urbanos de Porto Alegre (TRENSURB), partindo-se, pois, de uma projeção mais concreta para futuras aquisições governamentais. Por outro lado, promoveu uma sistemática de cálculo de margem de preferência referencial distinta daquela praticada pela FGV, uma vez que o parâmetro de custos dos bens nacionais e bens estrangeiros não se baseou em licitações passadas, mas de confronto entre os valores médios do maquinário brasileiro que é exportado e do preço de exportação de veículos fabricados em outros países[184]. Fulcrada em tal sistemática, a ABDI estabeleceu a margem de preferência de 14% (catorze inteiros por cento) para trens elétricos, 20% (vinte inteiros por cento) para veículos leves sobre trilhos e 20% (vinte inteiros por cento) para locomotivas. Ainda sobre o estudo, importante registrar que a ABDI fez os cálculos relacionados com o CTE, bem como mencionou que os grandes *players* do referido mercado já possuem instalações fabris em nosso país.

A CI-CP, em 16 de agosto de 2012 (7ª Reunião) acatou parcialmente o estudo, sugerindo que a margem de preferência fosse do importe de 20% (vinte inteiros por cento) para todas as espécies de bem. Aduziu-se, naquela sessão, pela referida extensão, "dada a similaridade das tecnologias empregadas". Não houve indicação de margem de preferência adicional. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

184 Para melhor explicitar tal sistemática, amplamente empregada nos estudos empreendidos pela ABDI, transcreve-se parte do estudo feito por tal entidade para indicação do valor da margem de preferência para veículos leve sobre trilhos (p. 38 do indigitado estudo):

"Para efeitos de cálculo da margem de preferência para os VLTs elétricos, utilizamos informações de exportações (Free on Board – FOB) de países selecionados, provenientes da United Nations Commodity Trade Statistics – COMTRADE, para o período de 2003-2011. Para efeitos de comparação com demais países, consideramos a faixa de peso entre 15 e 51 toneladas, que representam onde as exportações brasileiras estão concentradas. Além do Brasil, os países considerados são China, Áustria, França e Alemanha. Desse modo, a tabela abaixo mostra as diferenças de preços entre o Brasil e esses países, destacando que há uma diferença positiva quando comparado com China e Áustria.

Tabela 16 – Preços Médios das Exportações – VLTs Elétricos	
País	**VLTs Elétricos**
Brasil	1.334.845,25
China	986.360,02
Áustria	871.246,87
França	1.528.998,51
Alemanha	1.616.833,02

(...) Quando consideramos um imposto de importação de 14%, a diferença de preço entre Brasil e China, e Brasil e Áustria, reduz. O diferencial de preços entre Brasil e Áustria chega a 34,40%

Tabela 16 – Preços Médios das Exportações – VLTs Elétricos	
País	**VLTs Elétricos**
Brasil	1.334.845,25
China	1.124.450,42 (18,71%)
Áustria	993.221,43 (34,40%)
França	1.743.058,30 (-23,42%)
Alemanha	1.843.189,05 (-27,58%)

Portanto, de acordo com a tabela acima, a margem de preferência para VLTs elétricos deve ser em torno de 20%. Devemos considerar ainda que os valores dos produtos importados serão ainda acrescidos dos custos administrativos. (...)"

Margem de preferência para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários

O Decreto nº 7.816, de 2012, estabeleceu margens de preferência para várias espécies de caminhões, furgões e reboques/semirreboques, com percentuais distintos. O estudo foi feito pela ABDI, não se aprofundou sobre eventual existência de déficit comercial no setor em comento e teve como sistemática o cotejo entre os valores médios do maquinário brasileiro que é exportado e do preço de exportação de veículos fabricados em outros países. As margens indicadas no estudo foram seguidas pela CI-CP, em 29 de agosto de 2012 (8ª Reunião). Finalmente, de relevante, o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para aquisição de perfuratrizes e patrulhas (tratores) mecanizadas

O Decreto nº 7.840, de 2012, estabeleceu margens de preferência em licitações para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, equipamentos para serem empregados na área rural. Conforme o teor do estudo, empreendido pela ABDI, os então Ministérios do Desenvolvimento Agrário, da Pesca e Aquicultura e Agricultura, Pecuária e Abastecimento iriam fazer licitações em tal área, para fins de repasse de maquinário para a agricultura familiar. O estudo também anotou que, em tal setor, o Brasil possuía grande superávit comercial. Mais uma vez, o cálculo da margem de preferência teve como sistemática o cotejo entre os valores médios do maquinário brasileiro que é exportado e do preço de exportação de veículos fabricados em outros países. As margens indicadas no estudo foram seguidas pela CI-CP, em 3 de outubro de 2012 (9ª Reunião). Finalmente, de relevante, o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem para aquisição de discos para moeda

A margem de preferência para aquisição de disco para moeda foi implementada pelo Decreto nº 7.843, de 2012. Essa margem foi direcionada, mais uma vez, para licitações feitas pela CMB, haja vista seu notório monopólio para fabricação de materiais relacionados com a moeda de curso forçado. O importe estabelecido foi de 20% (vinte inteiros por cento).

O estudo de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, foi realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e teve como base uma pesquisa de estimativa de mercado feita pela própria CMB para instruir a fase interna de uma licitação internacional. A diferença entre produtos nacionais e de procedência estrangeira foi de 39% (trinta e nove inteiros por cento), anotando-se, porém, que a FGV recomendou uma margem de preferência menor, entre 15% a 20%. A FGV também fez os cálculos de praxe pertinentes ao *coeficiente de transferência esperada*, para fins de aferição do impacto sobre renda, arrecadação tributária, produção e emprego, considerando uma estimativa de aquisição de R$ 336 milhões, a ser realizada pela CMB no ano de 2012.

O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para equipamentos de tecnologia da informação

O setor em comento foi beneficiado com três decretos que promoveram margens de preferência para bens produzidos nacionalmente, de sorte que acabou sendo, decerto, o âmbito econômico com maior aplicabilidade dessa sistemática de contratação governamental.

É de se enaltecer, por oportuno, que a área de fabricação nacional de bens de tecnologia da informação já goza de ampla benesse tributária, mercê da sistemática de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados de que trata a Lei nº 8.387, de 1991, já delineada no corpo do capítulo primeiro da presente dissertação.

Com efeito, o Decreto nº 7.903, de 2013, estabeleceu margens de preferência em licitações para aquisição de bens de tecnologia da informação, mais especificamente relacionados com ativos de rede (centrais automáticas de informação, *switches*, roteadores, aparelhos transmissores, entre outros). O estudo foi elaborado pela ABDI, e mencionou expressamente o fato de que a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estava encetando uma licitação compartilhada para atender a dezoito órgãos da Administração Pública Federal, com estimativa de centenas de milhões de reais.

Para fins de confronto do custo entre os produtos nacionais e o de procedência estrangeira, a ABDI utilizou uma amostra de dados de 495 licitações realizadas pela União nos últimos anos. Todavia, a extrema maioria desses certames não teve participação de fornecedores de bens nacionais, de sorte que o valor referencial da margem de preferência foi obtido apenas do exame de sete pregões, cujo objeto era apenas *switches*. Feitos os cálculos econométricos, a ABDI sugeriu o valor referencial de 10,09% (dez inteiros e nove centésimos por cento) e, fazendo os cálculos relacionados com o efeito sistêmico da medida no âmbito da renda nacional, sugeriu uma margem mais ampla (14,33% - quatorze inteiros e trinta e três centésimos por cento).

Ainda sobre o estudo, anote-se que: (i) a ABDI mencionou que o setor em comento gozava de grande déficit comercial; (ii) no tocante à inovação, as fabricantes internacionais que possuíam plantas em nosso país têm maior propensão à realização de patentes do que os industriais de capital nacional.

Com espeque no estudo, a CI-CP, em 16 de agosto de 2012 (7ª Reunião), sugeriu margem de preferência de 15% (quinze inteiros por cento) para vários ativos de rede (e não apenas do *switch)*. Outrossim, indicou margem de preferência adicional de 10% (dez inteiros por cento). O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

A segunda margem de preferência sobre o mercado em testilha foi estabelecida pelo Decreto nº 8.184, de 2013, tendo como foco a concessão da benesse para impressoras, *notebooks* e computadores de procedência nacional. O estudo relacionado com tal decreto foi uma vez mais feito pela ABDI, o qual registrou inicialmente que o mercado subjacente aos produtos em destaque goza de amplo déficit comercial, já que a produção nacional não atende totalmente à demanda. Concernente ao processo de inovação, foi consignado que o esforço tecnológico do setor é bastante concentrado entre os grandes *players* da produção informática mundial, sendo que o Brasil não tem grande destaque neste ponto.

Para fins de conhecimento da distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, a Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE) repassou dados pertinentes a 276 certames licitatórios cujo objeto eram a compra de *notebooks* e 76 licitações de computadores pessoais, realizados entre janeiro/2011 a setembro/2012. Com base em tais dados, a ABDI fez uma conclusão diferente das situações anteriores, não trazendo um valor referência especial, mas fazendo um catálogo entre o valor da margem de preferência e a probabilidade de vitória do licitante nacional. Anotou, por exemplo, que no caso de *desktops*, uma margem de preferência de 15% (quinze inteiros por cento) daria 64% (sessenta e quatro por cento) de chance de um fornecedor de bem nacional lograr êxito no certamente, enquanto que no caso de *notebooks*, uma margem de igual importe daria 72% (setenta e dois por cento) de chance ao mesmo caso.

Assim, extrai-se a ilação de que, neste caso, não houve a indicação de um valor referencial específico, dando-se assim ampla margem às instâncias burocráticas na definição do importe cabível. Mesmo assim, o estudo enalteceu que o material poderia ser empregado para subsidiar margens para processos produtivos semelhantes, especialmente impressoras e aparelhos de copiar.

A CI-CP, em 15 de outubro de 2013 (13ª Reunião) sugeriu margem de preferência de 10% (dez inteiros por cento) para os *hardwares* em destaque. Outrossim, indicou margem de preferência adicional de 10% (dez inteiros por cento). Houve a justificativa de que a Administração Pública já estava dando desoneração tributária ao setor, de sorte que não precisava empregar na espécie o valor máxima da margem de preferência. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Finalmente, adveio o Decreto nº 8.194, de 2014, com foco em equipamentos de comunicação, em especial terminais de automação e centrais telefônicas. O estudo foi realizado pelo ABDI, aduzindo, inicialmente, que o país possuía superávit internacional no comércio de terminais de automação. Por sua vez, o cotejo de custos entre produtos de origem nacional e os de procedência estrangeira teve como base o exame de dados de 234 certames de centrais telefônicas e 11 licitações de terminais de automação. Esse estudo também teve o mesmo norte do anterior, no sentido de não haver a indicação de um valor referencial específico, dando-se um rol entre o valor da margem de preferência e a probabilidade de vitória do licitante nacional. Sem embargo, aduziu que os bens utilizados na pesquisa poderiam embasar a incidência da margem para grande número de produtos congêneres, razão pela qual adveio amplo rol de bens no anexo I do indigitado Decreto.

Na espécie, a CI-CP, em 19 de dezembro de 2013 (15ª Reunião) decidiu pela margem de preferência de 15% (quinze inteiros por cento) e 10% (dez inteiros por cento) para margem de preferência adicional. O prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para aeronaves executivas

A margem de preferência para licitações cujo objeto fosse aeronaves executivas a jato foi estabelecida por intermédio do Decreto nº 8.185, de 2014. O setor aeronáutico já goza de amplo benefício estatal, mormente no tocante às operações de exportação[185], de sorte que se entendeu pela conveniência de outorga de mais uma benesse a tal âmbito econômico.

Com efeito, o estudo que embasou o decreto foi feito pela ABDI. O material apontou expressamente que notória empresa fabricante de aviões civis possuía dificuldade em vender bens em licitações nacionais, mercê da tributação incidente em suas operações, as quais não incidiam em aquisições de aviões produzidos externamente, trazendo à baila licitação específica em que tal entidade não tinha logrado êxito na licitação. O estudo se embasou em demonstração de incidência tributária fornecida pela própria empresa. Consignou que o setor aeronáutico no mundo é conhecido por possuir grande apoio oficial, tendo em vista o importante fator econômico e de inovação subjacente ao aludido segmento. Trouxe à baila ainda a existência de um potencial mercado de fornecimento de bens ao setor público, a ensejar a conclusão de que futuras licitações na área estão passíveis de ocorrer.

Para fins de cálculo do valor referencial da margem de preferência, a ABDI embasou-se em publicação especializada do setor aeronáutico (*Aviation Week*), que trazia valores recentes de alienação de aeronaves ao redor do mundo. Partindo-se dessa premissa, estabeleceu a distinção de custo dos aviões produzidos pela notória empresa nacional fabricante de aeronaves a jato e concorrentes internacionais, cotejando os preços de várias espécies de aviões (desde aeronaves menores até de categorias mais elevadas). Diante do cotejo, sugeriu uma margem de preferência que poderia variar de 14,75% (catorze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) até 27,5% (vinte e sete inteiros e cinco décimos por cento), havendo ainda, segundo seu entender, a necessidade de uma margem de preferência adicional, em face da notória necessidade de salvaguarda do processo de inovação em tal setor. Para tal importe, o estudo, calculado o custo de Pesquisa & Desenvolvimento feito pela notória empresa nacional, sugeriu o importe de 16,25% (dezesseis inteiros e vinte e cinco centésimos por cento).

Atento a tais argumentos, a CI-CP acatou o valor sugerido para fins de margem de preferência adicional (16%) e, diante do máximo legal de margem de preferência, estabeleceu a margem de preferência ordinária em 9% (nove inteiros por cento). Por sua vez, o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

185 Vide, por exemplo, a possibilidade de uso do seguro de crédito à exportação para garantias de riscos comerciais e políticos em operações destinadas ao setor aeronáutico (art. 1º, §2º, do Decreto nº 3.937, de 2001) e a equalização de juros de operações relacionadas ao setor, mediante o emprego do Programa de Financiamento de Exportações (PROEX), de que trata a Lei nº 10.184, de 2001.

Margem de preferência para programas de computador

O Decreto nº 8.186, de 2014, estabeleceu margem de preferência adicional para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, estabelecendo o importe de 18% (dezoito inteiros por cento), sem qualquer valor para margem de preferência comum.

Com efeito, a razão subjacente a tal empreendimento é o de tutelar a construção de aplicativos e sistemas informatizados que sigam diretrizes computacionais estabelecidas em nosso país e, por conseguinte, a margem de preferência adicional é que seria a medida adequada para tal mister.

A FGV foi quem fez o estudo de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, enaltecendo inicialmente que a inovação é instrumento inerente a tal segmento econômico. Registrou, ainda, a necessidade de que os licitantes beneficiados apresentassem nos certames o Certificado de Tecnologia Nacional do Software (CERTICS), de que trata a Portaria MCT nº 555, de 2013, haja vista que tal documento seria o instrumento idôneo para atestar aplicativos e sistemas informatizados associados a entidades desenvolvedoras instaladas no Brasil[186]. Por outro lado, aduziu a grande complexidade para de aferição do valor referencial da margem de preferência, haja vista que boa parte dos objetos beneficiados na espécie retrata serviços (serviços de projeto, desenvolvimento e manutenção de sistemas), não havendo, segundo o estudo, critérios seguros para confrontação entre custos de sistemas desenvolvidos nacionalmente e no exterior. Desse modo, fez simulações acerca de situações ideais de desenvolvimento de aplicações nacionalmente e acentuou que o valor referencial para margem de preferência que leva ao equilíbrio entre custos e benefícios é de 18% (dezoito inteiros por cento). A CI-CP seguiu essa premissa e o decreto foi publicado. Por sua vez, o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para brinquedos

O Decreto nº 8.223, de 2014, estabeleceu margem de preferência normal de 10% (dez inteiros por cento) para aquisição de brinquedos.

O estudo necessário para subsidiar a indigitada margem de preferência foi perfectibilizado pela FGV, utilizando no caso concreto uma metodologia nova, distinta daquelas empreendidas anteriormente. O estudo técnico acentuou, inicialmente, dificuldades de obtenção de informações para calcular os diferenciais de custos entre produtos nacionais e aqueles de procedência estrangeira. Dessa forma, a FGV construiu uma nova sistemática, delineando uma matriz de decisão que leva em conta indicadores de interligação setorial, vantagem comparativa no comércio internacional e inovação tecnológica.[187] Esses parâmetros foram construídos pela FGV com a finalidade de evidenciar, setorialmente, a margem adequada, mediante critérios de ponderação, relacionados com os indicadores supra. Diante dessa novel sistemática que, na prática, torna automático o valor referencial da margem de preferência, a CI-CP, em 17 de março de 2014 (16ª Reunião), deliberou pelo percentual de 10% (dez inteiros por cento). Registre-se que tal estudo não adentra em es-

186 Por isso, o art. 2º, §1º, do Decreto explicitou que o licitante deveria apresentar, juntamente com a proposta, cópia da publicação do Certificado CERTICS, na forma do § 3º do art. 8º da Portaria nº 555, de 2013, do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

187 Vide trecho do estudo em comento, com o fito de evidenciar a novel sistemática:

"Para desenvolver a referida metodologia, foram utilizados indicadores que mensuram os diversos grupos de produtos nacionais segundo seus níveis de: (i) interligações setoriais; (ii) vantagens comparativas no comércio internacional; e, adicionalmente; e (iii) inovação tecnológica.

Cabe destacar que os dois primeiros estão associados à definição da margem normal, enquanto que o terceiro indicador (de inovação tecnológica) é utilizado como critério para o estabelecimento de margem adicional estabelecida na regulamentação.

Para a criação de parâmetros para a determinação dos níveis das margens normais foi estabelecida uma matriz de decisão dependente dos indicadores de competividade e relevância econômica. Esta matriz possui quatro quadrantes determinados pela interação entre a variável do eixo horizontal (indicador de interligação) e a variável do eixo vertical (indicador de vantagem comparativa) em um gráfico. A figura a seguir representa, de forma esquemática, essa matriz:

pecificidades dos setores, tais como os outros estudos, de sorte que não se teve como extrai a razão pela qual se pretendia promover margem de preferência para produtos relacionados com o setor em comento. Finalmente, anote-se que o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

Margem de preferência para máquinas

O Decreto nº 8.224, de 2014, estabeleceu distintas margens de preferência normal e adicional para inúmeras espécies de máquinas e equipamentos, usando a mesma sistemática de estudo empreendida pela FGV no setor de brinquedos. Com espeque na metodologia construída, a CI-CP, em 19 de dezembro de 2013 (15ª Reunião), aprovou os valores referenciais das margens, com a consequente aprovação do decreto em comento. Por sua vez, o prazo de vigência do decreto foi prorrogado pelo Decreto nº 8.626, de 2015, até o dia 31 de dezembro de 2016.

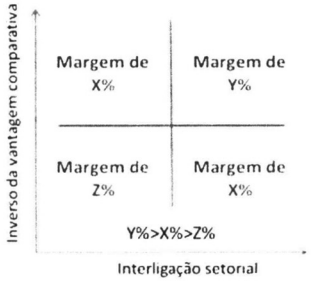
3.2. Exame crítico da construção das margens de preferência

A sistemática das margens de preferência é um modelo emblemático de uso da sistemática de aquisição estatal com o fito de induzir comportamentos no cenário econômico, bem como o de ensejar consequências distributivas. Torna-se, pois, um exemplo do uso da Função Regulatória da Contratação Governamental em nosso país.

O uso, pois, regulatório da contratação estatal pode ensejar, em tal emprego, a evidenciação de falhas percebidas no bojo da doutrina regulatória, tais como a teoria da captura[188] ou inexistência de motivações técnicas para as opções pretendidas.

Infelizmente, a forma de instituição das margens de preferência traz à tona problemas que possivelmente ensejam a subsunção dos revezes às situações abstratamente expostas no parágrafo anterior. Dessarte, essas falhas podem evidenciar um desvio no uso da política pública, empregado com o intuito de trazer benefícios

Figura 1 - Correspondência entre os Indicadores e as Margens de Preferência



Assim, se, por exemplo, um grupo de produtos que tivesse elevada vantagem comparativa relativa (ou seja, estivesse perto da origem do gráfico no eixo vertical) e que possuísse relativamente pouca interligação setorial na economia seria alocado no quadrante de margem de Z%. Se, por outro lado, esse mesmo grupo gerasse muita ligação setorial, seria agraciado com um nível maior de margens, de X%.

Similarmente, um grupo de produtos que possuísse baixa vantagem comparativa relativa (ou seja, estivesse longe da origem do gráfico no eixo vertical) e que tivesse uma menor interligação na economia seria alocado no outro quadrante de margem de %. Finalmente, um grupo de produtos que tivesse baixa vantagem comparativa relativa (ou seja, estivesse longe da origem do gráfico no eixo vertical) e com grande interligação na economia teria a margem de Y%."

188 A teoria da captura ressalta, como dito outrora, que o escopo da regulação não é o de atender a lógicas de eficiência ou interesse público, mas para salvaguardar os interesses dos próprios empreendedores regulados (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*.São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383; STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004; POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 56 e ss.)

indevidos para particulares no cenário econômico[189], ao invés de ser um meio para cumprir os desideratos pretendidos pela margem de preferência.

Dessa forma, o breve resumo da estruturação das margens de preferência ocorrido na parte inicial do presente capítulo teve como mister subsidiar a análise que será feita doravante. Assim, passaremos a avaliar as possíveis falhas regulatórias sobre três prismas, aduzindo, em cada instante, eventuais soluções de cunho jurídico necessárias para aviltar esses inconvenientes.

3.2.1. A *captura regulatória* e a livre discrição para escolha dos setores econômicos passíveis de incidência de margem de preferências.

O lastro teórico para intervenção indireta do complexo estatal no cenário econômico foi construído sob os auspícios do *Estado do Bem-Estar Social*, de sorte que a noção de Estado Regulador advém dessa época[190].

Mesmo que não se acate a premissa de que visões regulatórias da economia surgiram apenas após tal termo, já que a própria omissão pode conformar um desejo estatal em tal cenário[191], o que se intenta enaltecer é o que o protagonismo estatal em específico contexto histórico induziu a construção de uma teoria de regulação[192].

Delineando rapidamente, o Estado usa o seu poder normativo com o mister de induzir o comportamento dos particulares em determinada esfera setorial[193], com o fito de atingir específico desiderato de interesse coletivo. No campo específico da regulação, engendrou-se inicialmente que o papel estatal teria o condão de reparar as falhas de mercado, no afã de promover a eficiência econômica[194].

Com espeque em tal pressuposto de atuação regulatória, o Estado adotaria específicas condutas que engendrariam diminuição ou expurgo de ineficiências de mercado. Essas atividades, em rápidas linhas, seriam configuradas com a tentativa de eliminação de abusos de poder derivados da prática monopolística, ou o afastamento das externalidades negativas, conforme já abordado inclusive em outra seara desta dissertação. Essa visão é denominada doutrinariamente como *teoria do interesse público* ou *teoria positiva da regulação*[195].

Extrai-se, pois, dessa ilação o primado de que a conduta estatal teria o condão de reformular problemas existentes no âmbito econômico. A atuação governamental seria a princípio não seduzida por desígnios de grupos de interesse, estando adstrita à correta técnica aplicável para solução do problema econômico surgido[196].

Sem embargo, a partir da década de 1960, adveio reformulação teórica da regulação. De efeito, sustentou-se a ilação de que o mecanismo regulatório, ao invés de intentar reparar falhas econômicas, objetaria

189 ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo Premissas de uma nova legislação de licitações e contratos. *Consultor Jurídico (São Paulo. Online)*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-18/fabiano-araujo-premissas-legislacao-licitacoes. Acesso em: 20/07/2016.

190 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 17.

191 KAUFFER MICHEL, Edith F.. Las políticas públicas: algunos apuntes generales. Ecofronteras, [S.l.], p. 2-5, 2002. Disponível em: <http://revistas.ecosur.mx/ecofronteras/index.php/eco/article/view/465>. Data de acesso: 08/02/2016.

192 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 50.

193 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

194 MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 28.

195 BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*.São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 423; POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 50; BARRINUEVO FILHO, Arthur & LUCINDA, Cláudio R. Teoria da regulação. In: *Economia do setor público no Brasil*. ARVATE, Paulo & BIDERMAN, Ciro (Org.). Rio de Janeiro, 2004, p. 48; CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 284; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 112.

196 RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 112.

efetivamente engendrar normatizações que atendessem aos anseios da indústria regulada[197]. Essa visão foi trazida à baila por notório artigo de George J. STIGLER[198], posteriormente complementada por trabalho acadêmico de Richard A. POSNER[199], que lhe faz expressa referência[200].

Em rápidas linhas, a tese central de STIGLER é a de que o Estado possui o poder de auxiliar ou prejudicar o desenvolvimento de vários setores econômicos, conforme delineando em epígrafe no início do presente capítulo[201]. Com efeito, o escopo de atuação estatal, com o aludido viés, está adstrito a quatro espécies de condutas, quais sejam, a subvenção direta, o controle de entrada em determinado setor, o poder de incentivar ou não a substituição de bens na economia e a política de fixação de preços[202]. Avaliando inúmeros campos na economia estadunidense, tais como o setor petrolífero e de transporte, STIGLER sustenta que, na verdade, há constante *demanda* de regulação por inúmeros setores, com o fito de, realizando uma das quatro categorias de atuação regulatória citadas, o Estado atue em consonância com os interesses dos agentes econômicos da indústria regulada. Em contrapartida, conforme disposição literal de STIGLER, "a indústria que procura regulação deve estar preparada para arcar com as duas coisas que um partido precisa: votos e recursos financeiros"[203].

Esse é o norte básico da *teoria da captura*[204]. Promovendo uma avaliação suplementar, Richard A. POSNER examina *as teorias do interesse público e da captura*, enfrentando-as criticamente. No tocante à primeira doutrina, acentua que seus defensores desconsideram evidências de que consequências regulatórias socialmente desagradáveis atendem a anseios de grupos de interesse, e não propriamente a uma autonomia técnica do ente regulador.[205] Concernente à segunda doutrina, então baseada em teorias marxistas e de proeminência de grupos de interesse, o jurista registra que essa visão desconsidera o fato de que muitas vezes a regulação acaba atendendo a desígnios de grupos de interesse distintos dos industriais regulados, tais como o grupo de consumidores[206]. Assim, formulando a denominada *teoria econômica de regulação*[207], sustenta o primado de que a regulação pode ser *capturada* não apenas por industrias reguladas, mas por outros grupos de interesse, engendrando, pois, uma verdadeira lei de "oferta e procura" por regulação[208].

---

197 MATTOS, Paulo Todescan L. Introdução. In: In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 15; CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 290.

198 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-48.

199 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 49-80.

200 Confirmando a contribuição desses estadunidenses sobre a revisão da doutrinária regulatória: BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.*São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 429 e ss.; MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 30; CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 290; BRAYNER, Luciana Leal. *As Capturas nas Agências Reguladoras e o Debate sobre a legimitação do Estado Regulador: a produção democrática do direito e os desafios do direito administrativo contemporâneo*. 2008. 167 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 100.

201 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23.

202 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004, p. 25-8.

203 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano.* São Paulo: Editora 34, 2004, p. 36.

204 CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 290

205 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 52.

206 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 58.

207 Registrada, pela doutrina regulatória, como um campo específico de estudo de regulação (vide, por exemplo: MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 31; BARRINUEVO FILHO, Arthur & LUCINDA, Cláudio R. Teoria da regulação. In: *Economia do setor público no Brasil*. ARVATE, Paulo & BIDERMAN, Ciro (Org.). Rio de Janeiro, 2004, p. 51).

208 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo:

A teoria econômica da regulação foi a doutrina que efetivamente infirmou o foco estrito de eficiência no bojo da atividade regulatória, outorgando, assim, a necessidade de observância de outros valores, mormente de caracteres distributivos[209].

Registre-se que outras teorias foram delineadas com o fito de explicitar o papel regulatório estatal, ora com o fito de aprimorar *a teoria econômica da regulação*[210], ora com o fito de trazer outras motivações a fim de justificar a regulação.[211]

O aprofundamento dessa seara escaparia, decerto, do âmago deste empreendimento acadêmico. De qualquer sorte, linhas tecidas até este instante evidenciam a premissa, necessária para deslinde desta dissertação, de que a grande amplitude de corpos institucionais responsáveis pela regulação[212] não está indene de influências externas ao âmbito estatal para estruturação de condutas regulatórias.

Por sua vez, mesmo para autores que notoriamente sustentam o primado de que a regulação não tem o condão de atender somente a interesses das indústrias reguladas, tal doutrina não denega a possibilidade de que a intervenção indireta estatal possa ser elaborada com o norte de atender aos interesses dos agentes econômicos do setor regulado, ao invés de atender a valores de anseio coletivo supostamente embasadores da ação governamental[213].

Firmadas essas considerações, reitera-se que a sistemática de margens de preferência pode ter o escopo regulatório de engendrar uma eficiência econômica, a fim de induzir práticas mais agressivas em certame licitatório, bem como o de incentivar a produção futura de bens/serviços autóctones, ou, de outra banda, ter um escopo prioritariamente distributivo, no sentido de estabelecer efeitos sistêmicos no âmbito econômico interno, quando se estabelece um valor de margem de preferência superior à mera equalização de custos entre os bens e serviços nacionais e os de procedência estrangeira.

Como explicitado no decorrer da dissertação, o âmago da sistemática não é diretamente privilegiar fornecedores de bens/serviços nacionais. Deveras, não há dúvida de que a metodologia indiretamente enseja um benefício licitatório a tais espécies de licitantes, mas a estruturação dessa espécie de função regulatória da contratação governamental deve ter como escopo legal ensejar uma diminuição de despesas públicas (objetivo de eficiência econômica) ou trazer efeitos sistêmicos na produção econômica nacional (em face

---

Editora 34, 2004, p. 59. Com base em tal primado, POSNER traz estudos empíricos, delineando a ilação de que a demanda por regulação seria maior entre mercados que a cartelização seria extremamente dificultosa. Isso é o que enseja a grande regulação, com as espécies de condutas trazidas por STIGLER, em setores econômicos bastante diluídos, tais como o setor agrícola e as profissões liberais.

209 CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 292.

210 Como leciona Humberto A. CAMPOS (Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 294 e ss.), "Peltzman aperfeiçou a Teoria Econômica da Regulação com a noção de que nenhum interesse econômico captura de forma exclusiva o corpo regulatório" e "outra importante contribuição é de Becker, com uma visão de que a riqueza da indústria (recursos dos produtores e dos consumidores) é a principal moeda política a ser distribuída da maneira que mais beneficie o regulador".

211 Tal como a teoria da escolha pública (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.*São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 423). O escopo primordial dessa visão é o de que "os atores políticos, de forma semelhante aos agentes econômicos, atuam de forma racional, no sentido de maximizar a utilidade e a satisfação de todos" (ARAUJO, Fabiano de F.. Os atores de políticas públicas e a regulamentação do lobby no Brasil. *Fórum Administrativo*, v. 179, 2016, p. 44). Assim, diante desse norte, os agentes públicos construiriam regulações com o fito de ampliar os seus respectivos poderes.

212 Desde legisladores, corpo técnico da administração direta e até agentes das entidades autárquicas reguladoras.

213 A fim de corroborar tal ilação, Richard A. POSNER registrou expressamente que órgãos com suposta independência regulatória nos Estados Unidos tiveram ímprobas relações com os regulados, quando lembrou, por exemplo, o fato de que "o principal propósito da versão original do Interstate Commerce Act era alicerçar os cartéis de transporte ferroviários" (POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 58). Por sua vez, Cass SUNSTEIN critica a premissa de que resultados regulatórios indesejáveis necessariamente são consequências diretas de atuação de grupos de interesse, mas consigna a possibilidade de que isso é sim possível de ocorrer, expurgando, apenas, o necessário nexo de causalidade (SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of the Regulatory State. In: *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57, n. 2, 1990, p. 407-441).

do teor dos incisos I a IV do art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993), não havendo embasamento legal para estruturação de margens de preferência com o único motivo de privilegiar tais espécies de disputantes da licitação, sem que concomitantemente se atenda aos desiderados acima.

Sem embargo, pelo que se extrai do breve relato dos estudos técnicos de que tratam o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993, há indícios de que específicas margens de preferência foram estruturadas não com o fito de atingir primordialmente os desideratos expostos acima, mas com a finalidade aparentemente exclusiva de privilegiar licitantes ofertantes de bens/serviços nacionais, mediante o processo de captura regulatória.

Inicialmente, é de se enaltecer que não houve um critério claro acerca dos bens/serviços objetos das margens de preferência. Deveras, mediante o exame dos estudos técnicos, não se conseguiu explicitar cabalmente parâmetros objetivos para seleção dos setores econômicos beneficiados com a referida metodologia.

Com efeito, promovendo-se uma reanálise dos argumentos fáticos que subsidiariam os estudos técnicos, delineiam-se hipóteses factuais diametralmente contrárias entre os mais diversos decretos instituidores das margens de preferência. Essa ilação fica clara na tabela a seguir, que intenta sintetizar eventuais pressupostos para escolha das situações passíveis de incidência da metodologia.

Tabela 1 – Critérios de escolha dos setores para margens

Pressuposto factual	Exame Crítico
Número de licitações no setor **escolhido**	Não houve coerência em tal critério, visto que existiram setores selecionados em que têm grande número de certames licitatórios (por exemplo, setor de calçados, confecções e artefatos e os de equipamentos de tecnologia da informação), enquanto que outros nunca tinham tido certame licitatório em nosso país (setor de aquisição de papel-moeda, por exemplo)
Superávit/déficit comercial no setor escolhido	Inexistiu padronização no emprego de tal critério, uma vez que foram selecionados setores econômicos com grande déficit na balança comercial (por exemplo, setor de fármacos e medicamentos e o setor de equipamentos de tecnologia da informação), enquanto que os estudos técnicos de outros setores apontaram superávit comercial (à título de ilustração, setor de aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas), enquanto que outro estudo sequer chegou a abordar a temática (vide, por exemplo, o estudo técnico relacionado com o setor de caminhões, furgões e implementos rodoviários).
Quantidade de agentes fornecedores de bens/serviços nacionais no setor selecionado	Também não houve coerência nesse critério. Com efeito, observa-se a existência de setor econômico com apenas um agente econômico nacional (casos da aviação executiva e da aquisição de papel-moeda), enquanto que em outros setores já havia ampla produção interna do bem/serviço objeto da margem (setores de confecções, calçados e artefatos ou aquisições de caminhões e furgões, por exemplo).

Essa breve síntese evidência a aparente incoerência na seleção dos bens/serviços nacionais selecionados para aplicação de margem de preferência, o que pode configurar indício de processo de captura na prática regulatória governamental.

O indício fica mais robusto em duas hipóteses nas quais havia apenas um único fornecedor de bem ou serviço nacional beneficiado pela margem de preferência, o que pode denotar de que a sistemática foi construída não com o fito de promover os efeitos de eficiência econômica ou distributivos já tanto explicados nesta sede, mas com a única finalidade de trazer um benefício à aludida entidade.

Com efeito, no caso do setor de aquisição de papel-moeda, é de se anotar que, como dito anteriormente, a CMB não promovia licitações para aquisição de tal insumo, empreendendo contratações diretas por inexigibilidade, haja vista a existência de apenas uma planta local para fornecimento do referido insumo. Atualmente, observa-se que a CMB faz certames licitatórios para compra do insumo[214], sendo que a outrora contratada diretamente logrou êxito em certames licitatórios ocorridos sob a égide da sistemática das margens de preferência[215].

Por outro lado, no caso da aquisição de aeronaves executivas a jato, importa registrar que o estudo técnico que subsidiou a margem de preferência para o referido setor é expresso em dispor que a notória fabricante nacional não teria condições de lograr êxito em certames licitatórios, chegando ao ponto de explicitar detalhes de licitação específica, com o fito de evidenciar a dificuldade dessa entidade em lograr êxito na disputa[216]. Examinando o teor do estudo, observou-se que aquele documento teve como escopo evidenciar as fragilidades concorrenciais da referida fabricante, chegando ao ponto de o valor referencial da margem de preferência ter sido aferido mediante o confronto do custo dos aviões produzidos por tal empresa e por concorrentes internacionais.

Soa possível, nos decretos relacionados com essas duas margens, apontar inclusive eventual fragilidade jurídica, uma vez que o primado da igualdade, como dito no capítulo anterior, é valor relevante no bojo da contratação governamental. Com efeito, ressalta-se que a doutrina traz requisitos para formatação de normas adequadas com a igualdade. Entre tais condicionantes, lembra-se que um preceito normativo não pode ser construído com marcos tão singulares que demonstrem uma evidente individualização, uma discriminação com o fito de privilegiar um determinado particular[217]. O caso em comento se enquadra nessa situação rechaçada doutrinariamente.

Consigne-se, por oportuno, que o controle da igualdade pode ser estabelecido como parâmetro aos comandos jurídicos que intentam utilizar o processo de contratação governamental como ferramenta de política pública, consubstanciando, assim, parâmetro para higidez da normatização, examinando se a motivação subjacente à propositura legislativa de distinção repousa em argumentos factíveis e idôneos à finalidade pretendida, por intermédio de controle de prognose legislativo[218].

---

214 GOIS, Ancelmo. *Casa da Moeda economiza R$ 187 milhões com licitações*. Disponível em: http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/casa-da-moeda-economiza-187-milhoes-com-licitacoes-487883.html. Acesso: 01/07/2016.

215 Essa informação foi extraída pela análise de contratos celebrados pela CMB, constantes no portal da acesso à informação no sítio eletrônico. Com o fito de confirmar tal ilação, basta confrontar o contratado no Contrato CMB nº 3324/2011, celebrado mediante inexigibilidade de licitação, e os constantes, por exemplo, nos Contratos CMB nº 1118/2012 e 3939/2013, oriundos de pregões internacionais formalizadores de registros de preços.

216 Eis o trecho pertinente na página 9 do estudo: "Essas características tão diferenciadas do setor aeronáutico e a alta complexidade da empresa brasileira líder desse setor colocam o país em posição de destaque no mundo. Entretanto, estas condições não são suficientes para o atendimento adequado ao mercado interno brasileiro. Isso pode ser exemplificado pela ação ocorrida no final do ano passado (dez/2012), em que a empresa brasileira XXXXXX apresentou uma proposta comercial de fornecimento de aeronave executiva em Edital de Pregão para o Departamento da Polícia Federal. Mesmo considerando a grande competividade da XXXXXX, que consegue vencer concorrências de venda em todo mundo, a vencedora do Edital da Polícia Federal foi a empresa americana YYYYYY, que ofertou uma aeronave com conceito tecnológico inferior e com menor preço." (OBS: houve expressa ocultação do nome das sociedades empresárias nesta sede, consignando-se, porém, que as respectivas indicações se encontram expressamente apontadas no estudo em referência, cuja cópia digitalizada se encontra digitalizada como anexo da presente dissertação).

217 SAN TIAGO DANTAS, F.C. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: Revista Forense comemorativa 100 anos, Vol. 1, 2005, p. 250 e ss; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

218 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de prognose e revisão dos fatos e prognoses legislativos*. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 663-695. O controle de prognose dos fatos avaliados pelo Poder Legislativo durante o deslinde da propositura normativa é matéria de rara abordagem na doutrina brasileira, de sorte que considerações acerca da matéria necessitariam inclusive de larga abordagem teórica, o que escaparia do âmago do presente trabalho. Sem embargo, é de se anotar que no indigitado artigo o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) acentuou a premissa de que o STF já promoveu controle de prognose. Assim, poder-se-ia arguir a inconstitucionalidade de um preceito normativo usado como instrumento de política pública sob o pálio, por exemplo, de que a aludida normatização, a despeito de gozar de ampla generalidade, foi confeccionada com o fito de atender a interesse de um particular, mediante, inclusive, condutas ofensivas à moralidade (pagamento de valores a parlamentares, por exemplo), violando, assim, o princípio da igualdade ou o princípio da livre concorrência.

A visualização desses problemas denota a necessidade de que haja uma parametrização mínima de seleção dos setores econômicos passíveis de incidência de futuras margens de preferências nas licitações públicas, com o fito de evitar captura regulatória. Isso será melhor abordado nas considerações finais da presente dissertação.

3.2.2. A motivação da opção regulatória e a não vinculação do CI-MP ao valor de margem de preferência definido pelos estudos técnicos.

O princípio da legalidade como estrita base de orientação da conduta administrativa passa por processo de redefinição[219]. Sem pretender exaurir todos os alicerces teóricos dessa revisão, citam-se nesta sede três argumentos trazidos doutrinariamente: (i) a superação de uma visão de Direito Administrativo eminentemente unilateral, construída sob os auspícios da doutrina gaulesa, para um modelo jurídico consensual, em que se diminuiu a verticalidade da relação entre o Estado e o indíviduo, de sorte que a lei deve ser amorfa no sentido de possibilitar tal composição, em geral construída no âmbito do Poder Executivo[220]; (ii) o processo de constitucionalização do Direito Administrativo fomentou a aplicabilidade direta e imediata, pela Administração Pública, dos primados constitucionais e, assim, entende-se que o administrador é submetido a todo o ordenamento jurídico, e não somente à lei (princípio da juridicidade)[221]; (iii) a necessidade de maior flexibilidade para resolução dos problemas cotidianos, cada vez mais complexos, somado ao alto custo de negociação ocorrido dentro da esfera legislativa, enseja uma factual delegação de atribuições normativas à seara administrativa[222].

Esse novo viés do princípio da legalidade não tem o condão de infirmar o primado de que o Estado não esteja sob a égide dos comandos legais. Longe disso. Deveras, o que não se pode sustentar é que toda conduta administrativa deva estar detalhadamente detida em lei.

Tal norte é sustentado em sede de modelagem regulatória[223]. Com efeito, sabe-se que o modelo basilar de regulação estadunidense, com reflexo direto em nosso país, é o paradigma de implementação de agências regulatórias, as quais obtiveram o mister de normatizar um específico setor econômico, com espeque em permissivas legais genéricas[224]. Na construção dessa normatização, porém, há de se promover uma regulação coerente com os desígnios pretendidos, a fim de que os desideratos pretendidos pela unidade reguladora sejam efetivamente alcançados – isto é, imprescindível promover, nessa seara, uma efetiva relação da custo/benefício da medida pretendida.[225]

Esse cenário acaba trazendo, na prática, a necessidade de que o regulador promova uma motivação da conduta empreendida, a fim de evidenciar se a normatização estabelecida tem o condão de atingir à preten-

219 MORAES, Germana de O. *Controle Jurisdicional da Administração Pública.* São Paulo: Dialética, 2004, p. 27 e ss.

220 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 60 e ss; JURUBEBA, Diego. Direito Administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas de administração pública consensual. In: *Revista da AGU*, v. 15, n. 1, jan/mar. 2016, p. 175.

221 ROCHA, Carmem Lúcia A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79; MORAES, Germana de O. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34-38.

222 POSNER, Richard. A. Teorias da regulação econômica. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 54-5; MONTEIRO, Jorge V. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 72; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 91-2;

223 RAGAZZO, Carlos E. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 7; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 119.

224 ARAGÃO, Alexandre S. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: *Revista da Informação Legislativa*, v. 37, n. 148, Senado Federal, out/dez 2000, p. 276.

225 RAGAZZO, Carlos E. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 206 e ss.; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 137-8.

são lá disposta. Doutrina[226] recente, no âmbito regulatório, explicita a necessidade de que o dever de justificação incide sobre os atos normativos dessa seara, tanto com a finalidade de torná-las mais legítimas, bem como em respeito ao primado do devido processo legal[227].

Firmadas essas considerações, anota-se que a estruturação da margem de preferência acaba seguindo toda a lógica exposta acima. Como já tanto delineado, todo comando normativo acaba se operacionalizando no bojo do Poder Executivo, mediante a construção de um ato administrativo normativo (decreto) que implementa uma determinada margem de preferência.

Ademais, é de se enaltecer que a própria formalização de um estudo prévio tem o condão de intentar trazer uma maior legitimidade à medida. A existência de delineamento de cunho técnico com o fito de trazer o valor referencial da margem de preferência com o fito de equalizar a diferença de custos entre a produção de um bem/serviço nacional e aquele de procedência estrangeira traz robustez à medida regulatória, já que se presume que o valor estabelecido tem como finalidade trazer uma efetividade à margem de preferência, não sendo um importe arbitrariamente estabelecido.

Contudo, convém rememorar que soa possível que o CI-CP estabeleça margem de preferência distinta daquele estabelecida pelo estudo técnico de que o art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993, caso se pretenda, na espécie, privilegiar o objetivo distributivo da margem de preferência, no afã de ensejar maiores efeitos sistêmicos na produção econômica nacional, prestigiando a criação de empregos ou a maior produção de renda setorial.

Sem embargo, caso ocorra tal empreendimento, soa de bom tom que haja motivação expressa no âmbito do CI-CP, a fim de que fique clara a razão pela qual o órgão administrativo deliberou por específico importe de margem de preferência, superior àquele sugerido pelo estudo técnico, tudo com o fito de salvaguardar a legitimidade da conduta na esfera regulatória.

Em algumas hipóteses, o CI-CP estabeleceu valor de margem de preferência superior àquele aferido no âmbito do estudo técnico. A tabela a seguir trará situações em que ocorreu o seguinte fato, bem como eventual justificativa constante na ata da reunião do CI-CP respectiva.

Tabela 2 – Argumentos tecidos pela CI-CP

Decreto	Comentários
Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012 (margem de preferência para fármacos e medicamentos)	A ata da 3ª Reunião da CI-CP não trouxe motivação expressa pela qual os medicamentos existentes nos grupos 2 e 5 do anexo I do Decreto tiveram margem de preferência superior ao previsto no estudo da FGV.
Decreto nº 7.767, de 2012 (margem de preferência para aquisição de veículos para vias férreas)	Aplicou-se a margem de referência de 20% para trens elétricos, a mais do que sugerido pelo estudo da ABDI, sob o pálio de que tais bens possuem "tecnologia congênere" com outros bens existentes no anexo I do Decreto, que possuem o mesmo importe.

226 A necessidade de que a normatização regulatória tenha um prévio estudo, um exame de custos e benefícios da medida, uma fase de debate e participação e, por fim, uma motivação a fim de evidenciar a vantagem da medida consubstancia fatores existentes em distintas teorias da doutrina prática que, ao fim e ao cabo, seguem basicamente o mesmo norte. Sobre o assunto, vide, por exemplo, *"a análise de custo e benefício como terceira onda regulatória no Brasil"* (RAGAZZO, Carlos E. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 206 e ss.), a *reflexividade administrativa* (GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013, p. 182 e ss.) e a *regulação sustentável* (FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao future*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 261 e ss.).

227 Conforme argumentação a ser exposta no próximo âmbito deste capítulo.

Como se visualiza acima, não houve motivação precisa sobre a razão pela qual se estabeleceu os aludidos importes como valores de margem de preferência. Tal situação fragiliza sobremaneira a conduta regulatória, já que evidencia de que a unidade administrativa em comento não utilizou o devido rigor técnico quando da conduta regulatória.

3.2.3. A falta de participação pública para estabelecimento das margens de preferência e a legitimidade regulatória

A participação democrática não se limita hodiernamente à mera outorga, para determinados agentes políticos, do poder de construção normativa, âmago do sistema de democracia representativa. Um papel mais assertivo de agentes do corpo social é verificado à saciedade. Uma digressão bibliográfica acerca do tema ensejaria uma demasiada ampliação da presente dissertação, escapando decerto do âmago do empreendimento acadêmico[228]. Abordagens sobre os alicerces da democracia representativa[229], o fulcro doutrinário da democracia deliberativa[230], o detalhamento da democracia dialógica[231] e suas influências teóricas sobre a materialização da conduta regulatória serão, a despeito da relevância temática, postas de lado e eventualmente tratadas em outro trabalho específico.

A espécie partirá do pressuposto fático de que a ação regulatória em nosso país, quando praticada diretamente com espeque em condutas administrativas, acaba tendo, em geral, um amplo debate entre os atores envolvidos com os efeitos da regulação. Tal empreendimento é recomendado, inclusive, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, em inglês)[232].

Como dito outrora, a ação regulatória acaba se implementando ordinariamente por meio de ações normativas administrativas, à margem direta do espaço tradicional de estruturação de normas primárias (Poder Legislativo). Mercê desse cenário, aponta-se eventualmente o déficit de legitimidade na atuação regulatória,

---

228 De qualquer forma, acerca das visões democráticas e da legitimidade regulatória, vide a obrigatória leitura de BRAYNER, Luciana Leal. *As Capturas nas Agências Reguladoras e o Debate sobre a legimitação do Estado Regulador: a produção democrática do direito e os desafios do direito administrativo contemporâneo*. 2008. 167 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

229 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil* / John Locke ; introdução de J.W. Gough ; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ : Vozes, 1994; MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis". *Revista dos Tribunais*, vol. 868, 2008, p. 53-68. PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional* – Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

230 Sintetizado em NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

231 Sustentada por GUIDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: UNESP, 1996, p. 121 e ss.

232 ARAUJO, Fabiano de F. Políticas públicas, legística e AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa. In: *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 4, p. 88. OECD. Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation. Paris: OECD, 1995. Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em: 02 abr. 2016. Vide a resposta ao questionamento 9: Question No. 9. Have all interested parties had the opportunity to present their views? 35. Regulations should be developed in an open and transparent fashion, with appropriate procedures for effective and timely input from interested parties such as affected businesses and trade unions, wider interest groups such as consumer or environmental organisations, or other levels of government. To gain the benefits of public consultation, administrations should make available to the public as much information as is feasible, including proposed texts, explanations of the need for government action, and assessments of the benefits and costs. Such transparency is particularly important when regulations have effects on international trade or on international treaties or other co-operative agreements. 36. Consultation and public participation in regulatory decision-making have been found to contribute to regulatory quality by (i) bringing into the discussion the expertise, perspectives, and ideas for alternative actions of those directly affected; (ii) helping regulators to balance opposing interests; (iii) identifying unintended effects and practical problems; (iv) providing a quality check on the administration's assessment of costs and benefits; and (v) identifying interactions between regulations from various parts of government. Consultation processes can also enhance voluntary compliance, reducing reliance on enforcement and sanctions. 37. Consultation can be a cost-effective means of responding to other regulatory principles in this checklist, such as identification of the problem, assessment of need for government action, and selection of the best type of action.

uma vez que não configura vontade direta dos mandatórios eleitos democraticamente[233], crítica que acaba sendo expurgada doutrinariamente pelo fato de que entes regulatórios isolados do contexto político atuariam com espeque em razões eminentemente técnicas, e não políticas[234].

De qualquer sorte, com o fito de reiterar, no espaço administrativo, a pressuposta participação democrática existente no corpo da estrutura parlamentar, faculta-se a construção de mecanismos abertos de participação nos processos administrativos (audiência pública e consulta pública[235]) previamente à estruturação de ações governamentais, inclusive com a finalidade de estabelecer um arranjo institucional mais consentâneo com a efetividade normativa[236].

Além das razões de legitimação e aprimoramento da efetividade normativa, há quem sustente a própria obrigatoriedade constitucional de que conduta normativa na seara administrativa que influencie direitos de particulares pressuponha a prévia oitiva pública, com o fito de respeitar o primado constitucional do devido processo legal e do contraditório[237].

Na esfera da regulação do setor de telecomunicações, por exemplo, há preceito legal expresso que prevê que a edição de qualquer ato normativo exarado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) deva pressupor consulta pública, devendo a ANATEL motivar expressamente a rejeição ou o acatamento de manifestação sufragada naquela sede[238].

Estabelecidas essas premissas, anota-se que sobre a sistemática de construção das normas pertinentes a margens de preferência, inexiste na legislação de regência a obrigatoriedade de realização de audiências ou consultas públicas, de sorte que a metodologia não segue, portanto, o rito previsto no setor de regulação das telecomunicações.

Com efeito, a despeito de se registrar expressamente nesta dissertação a plena transparência do processo construtivo das margens de preferência[239], percebe-se que a realização de consulta pública como instrumento prévio à implantação da metodologia seria instrumento deveras relevante para aprimoramento da sistemática.

De início, reputa-se, nesta sede, robusto o argumento jurídico de obrigatoriedade de prévia consulta pública antes da edição de atos normativos administrativos que tenham o condão de atingir a esfera jurídica

---

233 Lembrando tal crítica: RAGAZZO, Carlos E. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 200.

234 Trazendo tal argumento: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

235 Conforme registra SUNDFELD e CÂMARA (SUNDFELD, Carlos A. & CÂMARA, Jacintho A. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional.* Ano 11. N. 45, jul/set 2011, p. 62), na audiência pública, "a Administração define data e local para a realização de uma audiência na qual os interessados serão ouvidos a respeito do tema a ser objeto de regulamentação", enquanto que na consulta pública, "a Administração divulga previamente uma minuta de texto normativo e abre prazo para que os interessados possam encaminhar contribuições e questionamentos por escrito".

236 BUCCI, Maria P.D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187; ARAUJO, Fabiano de F. Políticas públicas, legística e AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa. In: *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 4, out/dez 2015, p. 88; FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao future*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 261 e ss.

237 "A raiz desse dever está na garantia ao devido processo legal e no seu consentâneo, o direito de defesa. No caso, para que tenha efetiva oportunidade de defesa, o interessado cujos direitos ou bens tenham sido afetados por uma decisão de índole normativa da Administração Pública precisa ter acesso aos reais motivos e justificativas que embasaram a decisão. Tome-se o exemplo de um direito restringido normativamente em função de alegada proteção à saúde: nesse contexto, seria fundamental que o interessado soubesse quais os argumentos de ordem científica utilizados pela Administração, sob pena de não ter como, no mérito, apresentar defesa consistente de seus direitos. A motivação densa e de conteúdo é exigível porque, sem ela, a Administração estaria tolhendo direito dos administrados sem propiciar os meios necessários à sua defesa. A ausência de motivação, nesses casos, implicaria violação aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal" (SUNDFELD, Carlos A. & CÂMARA, Jacintho A. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional.* Ano 11. N. 45, jul/set 2011, p. 60).

238 Lei nº 9.472, de 1997. Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

239 Haja vista a plena acessibilidade, pelo autor do presente empreendimento acadêmico, de toda a documentação pertinente (estudos e atas da CI-CP), cujo teor se encontra em anexo a este trabalho, digitalizado no CD).

dos particulares, com espeque no princípio do devido processo legal e do contraditório. No caso concreto, as margens de preferências acabam atingindo trazendo benefício licitatório em detrimento de licitantes que não ofertem bens ou serviços reputados normativamente como nacionais.

Por outro lado, essa oitiva teria o condão de trazer maior legitimidade aos estudos técnicos embasadores das futuras margens de preferência. Deveras, o procedimento de oitiva traria a necessidade de que a Administração enfrentasse diretamente impugnações ofertadas pelos futuros prejudicados, de sorte que soaria possível que tais manifestações de particulares pudessem modificar a pretensão inicial administrativa de estabelecer margem de preferência para específica situação.

Com efeito, aplicando essa segunda premissa à análise empreendida nos estudos técnicos, sintetizada na primeira parte do presente capítulo, poderia ter sido trazido à baila um amplo debate sobre a escolha de determinado setor econômico como beneficiado da metodologia das margens de preferência, tornando assim mais legítima a condução de ação governamental perfectibilizada. Afinal, conforme registrado outrora, há indícios de captura regulatória nas margens de preferência, de sorte a consulta pública poderia ter o condão de evidenciar a necessidade de que a Administração Pública motivasse expressamente a razão pela qual selecionou determinado setor econômico como objetivo da sistemática contratual em comento.

Outrossim, percebe-se que, no exame detido dos estudos das margens de preferência, aparentemente não houve coerência na metodologia de aferição dos custos de bens/serviços nacionais e aqueles de procedência estrangeira. Na primeira parte deste capítulo, acentuou-se que em algumas oportunidades (vide, por exemplo, os setores de confecções e calçados e de fármacos e medicamentos), promoveu-se o cálculo do valor referência das margens de preferência, confrontando-se a distribuição de custos entre os produtos nacionais e estrangeiros, mediante análise de propostas ofertadas em licitações anteriores. Por outro lado, em outras margens de preferências, o valor referencial foi aferido com espeque no confronto entre os valores médios de exportação do bem brasileiro e do preço de exportação de produto fabricado em outros países (vide, por exemplo, o setor de aeronaves executivas).

Registre-se, inclusive, que esse segundo método de cálculo do valor referencial foi utilizado no caso das margens de preferência para aquisição de furgões, bem de notória compra governamental mediante certames licitatórios.

Por outro lado, em algumas oportunidades, os estudos promoveram uma ampliação demasiada dos seus escopos. Tentando exemplificar essa ilação, pode-se trazer à baila o trabalho técnico que subsidiou o Decreto nº 8.184, de 2013, que aprovou margens de preferência para computadores pessoais, *notebooks* e impressoras.

Consoante dito na parte específica deste capítulo, o estudo em comento fez o cotejo de custos entre computadores nacionais e de procedência estrangeira. Sem embargo, acentuou, na parte conclusiva, que o valor referencial de margem de preferência poderia subsidiar processos produtivos semelhantes, tais como o de impressoras e aparelho de copiar.

Não se pode promover nesta sede qualquer espécie de crítica ou abordagem sobre esses pontos técnicos dos estudos, uma vez que escapa decerto do âmago jurídico deste trabalho, bem como pela própria falta de expertise do autor desta dissertação. Sem embargo, essas questões poderiam ser aventadas por expertos, em processos prévios de consulta pública, a fim de que haja um efetivo exame das ponderações técnicas exaradas nesses estudos e, inclusive, promoções de críticas construtivas a suas conclusões.

Considerações finais

Não há dúvidas acerca da importância do processo de contratação pública no âmbito do cotidiano administrativo. Com efeito, as grandezas numéricas que envolvem ajustes públicos aqui e alhures robustecem por si essa premissa. Assim, a própria função básica do mecanismo, qual seja, a de subsidiar a recepção mais eficiente de bens e serviços pelo Estado, já evidencia a necessidade de que tal área goze de efetiva atenção da doutrina administrativa.

De qualquer forma, o emprego da sistemática de contratação governamental como fomento de específicas searas da atividade econômica tem sido, cada vez mais, parte significativa das preocupações dos formuladores de políticas públicas contemporâneos.

Esse viés indutivo da aquisição estatal não é exclusividade da realidade brasileira. Deveras, demonstrou-se que um dos motivos da diminuta adesão dos estados soberanos ao Acordo de Contratação Governamental (GPA 1994) é o fato de que o referido tratado fragiliza o emprego da sistemática de aquisição governamental com a finalidade de instrumentalizar políticas públicas[240], sendo que os países, em geral, não desejam perder tal poder indutivo da aquisição pública[241].

Focando, doravante, a realidade brasileira, delineia-se a proeminência da *Função Regulatória da Contratação Pública*, corroborada expressamente pela inclusão no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, do *desenvolvimento nacional sustentável* como um dos objetivos da licitação. A fim de confirmá-la, extrai-se, nos últimos anos, um grande número de medidas legais tendentes a impulsionar o uso da sistemática de avença pública como diretriz de política pública, tais como a preferência à aquisição de soluções de informática com tecnologia desenvolvida no país (Lei nº 10.176, de 2001) ou o tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas (Lei Complementar nº 123, de 2006).

Sabe-se que a introdução, na sistemática de contratação estatal, de objetivos destoantes do singelo uso da licitação pública com o viés de aquisição mais módica de bens/serviços fornecidos pelos particulares engendra, na prática, benefícios a específicos licitantes, que estejam, de alguma forma, relacionados com a ação governamental a ser fomentada. Esse panorama decerto fragiliza o primado da competividade[242]. Sem embargo, registrou-se que a constitucionalidade dessa conduta assertiva da sistemática da contratação governamental é plenamente acentuada, já que o princípio da isonomia pode ser infirmado em defesa de outros valores constitucionais, mormente relacionados com a implementação de políticas públicas.

Em tais casos, com o mister de efetivar um desígnio governamental, constroem-se, dentro da sistemática de aquisição estatal, mecanismos normativos com o fito de induzir comportamentos no âmbito econômico, a fim de ensejar a consequência prática desejada pela *policy* singularmente engendrada.

Como recente exemplo da Função Regulatória da Contratação Pública, cita-se a margem de preferência, estudada nesta sede, a qual pode ter o objetivo de fomentar a eficiência econômica, a fim de induzir práticas mais agressivas em certame licitatório, ou incentivar a produção futura de bens/serviços autóctones, ou, por outro lado, possuir uma finalidade eminentemente distributiva, no sentido de estabelecer efeitos sistêmicos no âmbito econômico interno, quando se estabelece um valor de margem de preferência superior à mera equalização de custos entre os bens e serviços nacionais e os de procedência estrangeira.

240 MORETTINI, Simona. Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). *Global Administrative Law and EU Administrative Law***.** New York: Springer, 2011, p. 201.

241 NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento.In: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 191-209.

242 ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. In: *Journal of Public Procurement*. Vol. 10. N. 2. PrAcademics Press, p. 166; FILHO JUSTEN, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 455.

Abstratamente considerada, entende-se que a margem de preferência em licitações públicas é um instrumento engenhoso a fim de incentivar a assertividade no bojo da disputa licitatória. Como dito no capítulo primeiro, o mecanismo foi construído pela teoria econômica exatamente com a finalidade de ensejar reflexos na diminuição do dispêndio público. Afinal, no bojo de uma licitação internacional, a outorga de uma margem a licitantes que ofertem bens potencialmente mais custosos fomenta uma conduta mais assertiva dos licitantes que apresentem pressupostamente bens menos dispendiosos. Por outro lado, a metodologia estimula a participação de licitantes fornecedores de bens/serviços pressupostamente em desvantagem sem a margem, já que estes não se sentiriam motivados em participar da disputa, fruto do potencial fracasso.

Assim, como essa sistemática intenta equalizar a distinção de custos entre os licitantes que ofertem bens nacionais e aqueles de procedência estrangeira, extrai-se a ilação de que o primeiro grupo de disputantes goza de maior chance de vitória no certame, caso haja a margem de preferência. Isso ensejará, por consequência, um efeito sistêmico na produção econômica interna, trazendo efeitos distributivos (aumento de renda, emprego, arrecadação tributária) na cadeia produtiva.

De qualquer forma, soa possível, em face da ampla difusividade existente no bojo da Ordem Econômica Constitucional, em especial o espectro de valores defendidos no art. 170 da Constituição Federal, bem como da necessidade de que a margem de preferência leve em consideração efeitos legais relacionados com geração de emprego e renda e efeitos arrecadatórios (art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993), que o valor da margem de preferência seja superior ao importe necessário para equalização dos custos de bens/serviços nacionais e os de procedência estrangeira, caso se pretenda, em um determinado setor econômico, privilegiar os efeitos distributivos em detrimento do objetivo de eficiência econômica.

Registra-se, contudo, que a lógica da sistemática não é a de outorgar exclusivamente privilégios para fornecedores de produtos de bens e serviços nacionais. Inexistem dúvidas, decerto, que a metodologia ostenta o condão de implementar, de forma mediata, um benefício a determinadas espécies de licitante, mas se consigna neste sede que a motivação subjacente à criação de margens de preferência não pode ter como motivo fulcral o de privilegiar tais espécies de disputantes da licitação. Afinal, atuação administrativa nesse sentido ensejaria a construção de uma sistemática que não tivesse como fundamento constitucional a eficiência (art. 37, *caput*), a promoção de efeitos distributivos de renda e emprego (art. 170, I e VIII), a inovação tecnológica (art. 219) ou ações afirmativas relacionadas com os portadores de necessidade especiais. Dessa forma, haveria na espécie a desconsideração do princípio da isonomia, preceito tão caro no bojo da contratação governamental (art. 37, XXI), sem lastro direto em outra motivação constitucional.

Essas são conclusões jurídicas expressamente dispostas no bojo da presente dissertação.

Por outro lado, delineou-se que a sistemática das margens de preferência, como exemplo do uso da modelagem regulatória da contratação governamental, acaba sendo um instrumento de política pública que usa mecanismos de regulação, com o fito de induzir comportamentos do setor econômico com o fito de atingir desideratos pretendidos normativamente.

A operacionalização do âmbito regulatório em nosso país costuma ocorrer mediante atos infralegais, cenário que é reiterado na metodologia das margens de preferência. Com efeito, há todo um procedimento administrativo para implementação das margens, dispostas no capítulo primeiro desta dissertação, que outorga certa liberdade ao Poder Executivo Federal em estabelecer as premissas de incidência do instrumento em comento.

O capítulo terceiro desta dissertação, partindo da premissa de que a margem de preferência configura um exemplo de atuação regulatória governamental no campo da aquisição pública, delineou a existência de falhas regulatórias, extraídas após a análise dos estudos de que trata o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Observou-se, inicialmente, a ausência de critérios objetivos para seleção dos setores econômicos em que incidiram as margens de preferências para bens/serviços nacionais. O cotejo feito no capítulo terceiro entre

algumas hipóteses lá trazidas evidenciou a inexistência de parâmetro certo para estabelecimento da margem para bens/serviços de específico campo da economia. Essa situação fomenta a prática da *captura regulatória*, no sentido de que a regulação acaba tendo o condão de majoritariamente beneficiar os regulados (no caso, licitantes ofertantes de bens/serviços nacionais), e não o de atingir os efeitos pretendidos pela normatização subjacente à prática regulatória.

A indigitada falha levanta dúvidas de que a regulação, em algumas hipóteses, teve o condão de beneficiar diretamente licitantes, ao invés de promover os efeitos normativamente pretendidos, o que pode engendrar inclusive problemas de juridicidade (ofensa a isonomia), em face do exposto neste âmbito final desta dissertação. De qualquer sorte, essa é uma premissa que deve ser diretamente enfrentada em futura reavaliação da presente política pública, sob pena de transformar a margem de preferência em mais uma política industrial eminentemente protecionista, com poucas contrapartidas dos seus beneficiários, conduta infelizmente reiterada no contexto histórico brasileiro[243].

Dessarte, sugere-se expressamente nesta sede a necessidade de parametrização clara dos setores passíveis de emprego da margem de preferência, mediante normatização legal ou infralegal[244],

Continuando, delineou-se o fato de que condutas exercidas no âmbito do processo de construção das margens de preferências não foram devidamente motivadas, com o fito de explicitar as razões pelas quais a Administração Pública empreendeu certo caminho regulatório. Essa omissão acaba fragilizando específicas margens de preferência, uma vez que demonstra que a regulação, na espécie, não foi totalmente técnica, em alguns momentos, para instrumentalização da política pública em comento.

Anotou-se, ainda, que seria importante que o itinerário de estruturação das margens de preferência, explicitada no capítulo primeiro da presente dissertação, possuísse uma fase de oitiva pública. Razões de legitimação regulatória e aprimoramento da efetividade normativa seriam argumentos de conveniência para tal empreendimento.

Especificamente sobre a juridicidade, não se pode deixar de anotar que não há previsão normativa expressa para tal conduta, no âmbito da construção das margens de preferência, de sorte que não se pode apontar expressamente a falta de juridicidade nesta sede. Sem embargo, levantou-se nesta sede doutrina que sustenta a própria obrigatoriedade constitucional de que conduta normativa na seara administrativa que influencie direitos de particulares pressuponha a prévia oitiva pública, com o fito de respeitar o primado constitucional do devido processo legal e do contraditório.

Assim, não se pode abstratamente criticar a existência de margens de preferência no âmbito da legislação brasileira. Sustentou-se neste trabalho, inclusive, a sua constitucionalidade, tendo em vista a necessária ponderação que o princípio da isonomia pode ter com outros valores constitucionais.

Contudo, aprimoramentos foram trazidos nesta sede, a fim de finalidade de evitar problemas de juridicidade (alegações de ofensa à isonomia, ao contraditório ou quiçá à moralidade) e pelo intuito de aprimorar a efetividade normativa, a fim de que o mecanismo em comento tenha o condão primordial de atingir os seus desideratos normativos (eficiência e/ou estipulação de efeitos sistêmicos na renda nacional), e não o de servir precipuamente como instrumento de privilégio a determinados licitantes em uma disputa pública.

243 CORONEL, Daniel A. & AZEVEDO, André Filipe Z. & CAMPOS, Antônio C. Política Industrial e desenvolvimento econômico: a reatualiação de um debate histórico. In: *Revista de Política Econômica*. Vol. 34, jan-mar/2014, p. 117.

244 Modificando-se, por exemplo, o Decreto nº 7.546, de 2011, que pretendeu regulamentar o processo de construção das margens de preferência.

Referências

Legislação e entendimentos jurisprudenciais

BRASIL. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto nº 7.601, de 7 de novembro de 2011. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.812, de 20 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 7.903, de 4 de fevereiro de 2013. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona.

BRASIL. Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013. Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.167, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.170, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.171, de 23 de dezembro de 2013. Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.184, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.185, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.186, de 17 de janeiro de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.223, de 3 de abril de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.224, de 3 de abril de 2014. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto nº 8.626, de 30 de dezembro de 2015. Altera os Decretos que especifica, para prorrogar o prazo de vigência das margens de preferência.

BRASIL. Decreto nº7.709, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 16 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1o do art. 2o da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 487.475. Plenário.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.550/2013. Plenário.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.138/2005. Plenário.

Doutrina

ACOCELLA, Jessica & RANGEL, Juliana Cabral C. *O papel regulatório e de fomento das licitações públicas*. In: Revista BNDES 40, dez/2013, p. 269-312.

ARAGÃO, Alexandre S. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: *Revista da Informação Legislativa*, v. 37, n. 148, Senado Federal, out/dez 2000, p. 275-299.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. *O "empate ficto" previsto pela Lei Complementar nº 123/2006*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15,n. 2394, 20 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14194>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Políticas públicas, legística e AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa. In: *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 4, out/dez 2015, p. 67-92.

_____. Premissas de uma nova legislação de licitações e contratos. *Consultor Jurídico (São Paulo. Online)*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-18/fabiano-araujo-premissas-legislacao-licitacoes. Acesso em: 20/07/2016.

_____. Os atores de políticas públicas e a regulamentação do lobby no Brasil. *Fórum Administrativo*, v. 179, 2016, p. 41-50.

ARBIX, Glauco. Mecanismos sutis: tecnologia e crescimento econômico. *Novos estudos – CEBRAP*. N. 77. São Paulo: Scielo. Março-2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002007000100003&

script=sci_arttext. Acesso em: 19/10/2015.

ARROWSMITH, Sue & LINARELLI, John & WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000.

ARROWSMITH, Sue. *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*. In: Journal of Public Procurement. Vol. 10. N. 2. PrAcademics Press, p. 149-186.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed, atualizada por Rosoela Miranda Fogolsi. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Denis B. *Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei 12.349/2010*. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf. Acesso em: 30/04/2015).

BARRINUEVO FILHO, Arthur & LUCINDA, Cláudio R. Teoria da regulação. In: *Economia do setor público no Brasil*. ARVATE, Paulo & BIDERMAN, Ciro (Org.). Rio de Janeiro, 2004, p. 47-71.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7. Vol. São Paulo: Saraiva, 1990.

BICALHO, Alécia Paolucci. Nogueira. *A ressignificação do princípio da finalidade da licitação à luz do desenvolvimento nacional sustentável*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 9-18, jul. 2013.

BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 9, n. 108, dez. 2010, p.27-49.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Fernando. Favoring domestic firms in procurement contratcs. In: *Journal of International Economics*, vol. 37, 1994, p. 65-80.

BRAYNER, Luciana Leal. *As Capturas nas Agências Reguladoras e o Debate sobre a legimitação do Estado Regulador: a produção democrática do direito e os desafios do direito administrativo contemporâneo*. 2008. 167 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional***.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUCCI, Maria P.D *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria P.D (Coord.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. _____

_____. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: Cristiana Fortini; Júlio César dos Santos Esteves; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). Políticas Públicas Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260.

BYRNS, Ralph T. *Microeconomia.*São Paulo: MAKRON Books, 1996.

CAMPOS, Humberto A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão sobre regulação econômica. In: *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização.* Vol. 5, n. 2, jul/dez 2008, p. 341-370.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição***.** 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. In: FORNITI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) Políticas Públicas: possibilidade e limites. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

CARVALHEIRO, Nelson. Observações sobre a elaboração da matriz insumo-produto. *Pesquisa & Debate*. Vol. 9. Número 2. 1998, p. 139-157.

CORONEL, Daniel A. & AZEVEDO, André Filipe Z. & CAMPOS, Antônio C. Política Industrial e desenvolvimento econômico: a reatualiação de um debate histórico. In: *Revista de Política Econômica*. Vol. 34, jan-mar/2014, p. 103-119.

CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo. Volume III. Teoria do Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 4. ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2010.

EZELL, Stephen J. & ATKINSON, Robert D. *The Good, the Bad and the Ugly (and the Self Destructive) of Innovation Policy: A policymaker´s guide to crafting effective innovation policy*. Washington: ITIF, 2010.

FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N. 19. Salvador. Ago/Out 2009.

FERREIRA, Daniel. *Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010)*. Fórum de contratação e gestão pública – FCGP. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *A Licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. The Tanner Lectures On Human Values. 1996. Disponível em: http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf. Acesso em: 01/01/2016.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao future*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GICO Jr., Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo do caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados*. V. 49, n. 1, 2006, p. 193-224.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUEDES, Jefferson Carus. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. Ed. Fórum, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARGUINDÉGUY, Jean B. *Análisis de Políticas Públicas*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

HAYEK, Friedrich von. The confusion of Language in Political Thought. In: *News Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. London: Routledge, 1990, p. 71-97.

HOWLEST, Michael & RAMESH, M. & PERL, Anthony. Política pública: seus ciclos e subsistemas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IKEHARA, Hideharu Carlos. *A reserva de mercado de informática no Brasil e seus resultados*. In: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR. Volume 5. n. 18.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 39, p.94, jan. 2008, p. 94-98.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Volume 4. Buenos Aires: Depalma, 1950.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. Dialética: São Paulo, 2007

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KAUFFER MICHEL, Edith F.. Las políticas públicas: algunos apuntes generales. Ecofronteras, [S.l.], p. 2-5, 2002. Disponível em: <http://revistas.ecosur.mx/ecofronteras/index.php/eco/article/view/465>. Data de acesso: 08/02/2016.

LEONARDI, Felipe Raminelli. A liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. N. 12. Salvador. Nov/dez 2008.

LÓPEZ-ELIAZ, José Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública em México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

McAFEE, R. Preston. & McMILLAN, John. Auctions and Bidding. *Journal of International Economics*, vol. 25, 1987, p. 699-738.

_____. Government Procurement and International Trade. In: *Journal of International Economics*, Vol. 26, 1989, p. 291-308.

MAJONE, Giandomenico. *Theories of regulation*. In: Regulating Europe (Org: Giandomenico Majone). Routledge: London, 1996, p. 28-46.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3-A. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I Parte General. Buenos Aires: Depalma.

McCRUDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. In: *Natural Resources Forum*. Vol. 28. 2004, p. 257-267.

_____. *Buying Social Justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford University Press, 2007.

McCRUDDEN, Chistopher & GROSS, Stuart. G. WTO Government Procurement Rules and the local dynamics of procurement policies: A Malaysian Case Study. In: *The European Journal of International Law*. Vol. 17. N. 1. 2006, p. 151-185.

MENEZES, Flávio M. & MONTEIRO, Paulo K. Por Que Favorecer Firmas Nacionais? In: *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 55, Out/Dez. 2001, p. 453-466.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de prognose e revisão dos fatos e prognoses legislativos*. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 663-695.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Jorge V. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MORETTINI, Simona. Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. In**:** CHITI, Edoardo & MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Editores). *Global Administrative Law and EU Administrative Law***.** New York: Springer, 2011, p. 187-209.

MUSGRAVE, Richard & MUSGRAVE, Peggy B. *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*. Madrid: McGraw-Hill, 1992.

NAMOUR, Roberta. Os efeitos colaterais da Lei de Informática. *Revista ISTOÉ dinheiro*, Edição 628, 21 de outubro de 2009.

NAEGELEN, Florence & MOUGEOT, Michel. Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives. *Journal of International Economics,* vol. 67, 1998, p. 349-367.

NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento.In: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 191-209.

NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução ao desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações. In: *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFDIFE)*. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, fev. 2015, p. 155-171.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. *Licitações inclusivas: os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) nas contratações públicas*. Portal Direito do Estado. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/

rafael-carvalho-rezende-oliveira/licitacoes-inclusivas-os-impactos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-13-146-2015-nas-contratacoes-publicas. Acesso em: 01/03/2016.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Logros y fracasos de la regulación. *Themis*. N. 52. PUCPeru. 2006, p. 43-53.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA JR., Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POSNER, Richard. A. *Teorias da regulação econômica*. In: Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, p.49-80.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia A. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General Y Colombiano*. 18. ed. Bogotá: Temis, 2013.

RUA, Maria G. *Políticas públicas*. Departamento de Ciência da Administração – UFSC. Brasília: UAB, 2009.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SALERNO, Márcio Sergio & KUBOTA, Luiz Claudio. Estado e Inovação. In: *Políticas de incentivo à inovação tecnológica*. NEGRI, João Alberto de & KUBOTA, Luiz Claudio (Organizadores). Brasília: IPEA, 2008, p. 13-66.

SALOMÃO FILHO, Calixo. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: Regulação e Desenvolvimento (Org. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15-59.

SAN TIAGO DANTAS, F.C. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: Revista Forense comemorativa 100 anos, Vol. 1, p. 231-254.

SAYAGUES LASO, Enrique. *La licitación pública*. 4. ed. Montevideo: Acali, 1978.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Antônio Marcello. *O Princípio e os princípios da licitação*. In Revista de Direito Administrativo (RDA). Vol. 136. Rio de Janeiro, 1979, p. 34-45.

SLTI (Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). *Informações gerenciais de Contratações e Compras Públicas*. Disponívem em: http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01-informativo-comprasnet-dados-gerais-jan-a-mar-_v2.pdf. Acesso em: 21/12/2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. In: Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-48.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3 ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Free markets and Social Justice*. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. Paradoxes of the Regulatory State. In: *The University of Chicago Law Review*. Vol. 57, n. 2, 1990, p. 407-441.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos A. & CÂMARA, Jacintho A. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 11. N. 45, jul/set 2011, p. 55-73.

TIPKE, Klaus & YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

WALDROW, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. In: The Yale Law Journal. 2006, p. 1348-1406.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANEXO - CD