



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



DANILO MIRANDA VIEIRA

**O FOMENTO ESTATAL POR MEIO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: A INSTITUIÇÃO DE MARGENS DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS
GOVERNAMENTAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA**

Dissertação de Mestrado

Recife
2018

DANILO MIRANDA VIEIRA

**O FOMENTO ESTATAL POR MEIO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: A INSTITUIÇÃO DE MARGENS DE PREFERÊNCIA NAS COMPRAS
GOVERNAMENTAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de Pesquisa: Estado e Regulação

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Recife
2018

V658f Vieira, Danilo Miranda

O fomento estatal por meio das licitações e contratações públicas: a instituição de margens de preferência nas compras governamentais à luz dos princípios da legalidade e isonomia. – Recife: O Autor, 2018. 117 f.

Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Licitação pública. 2. Contratos administrativos. 3. Desenvolvimento Sustentável - Brasil. 4. Administração pública (Brasil). 5. Intervenção (Governo federal). 6. Legalidade (Direito). 7. Isonomia (Direito). 8. Regulação. 9. Direito público. I. Cavalcanti, Francisco Queiroz Bezerra de. (Orientador). II. Título.

342.8106 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-13)

DANILO MIRANDA VIEIRA

O FOMENTO ESTATAL POR MEIO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A instituição de margens de preferência nas compras governamentais à luz dos princípios da legalidade e isonomia.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Transformações do Direito Público (1)

Linha de Pesquisa: Estado e Regulação (1.2)

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Recife, ____ de _____ de 20____

A Comissão Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, promoveu a apresentação e avaliação deste trabalho acadêmico e o julgou nos seguintes termos:

Prof(a). Dr(a). _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: _____

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Luciana, pelo apoio, amor e paciência demonstrados, essenciais para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Joaquim Jorge e Stella, pelo exemplo de vida e dedicação à família; e aos meus irmãos, Jorge, Flávio e Natália.

Aos amigos e colegas de trabalho da Procuradoria do Município do Recife.

Ao meu orientador, Professor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, pelo importante apoio ao longo dessa caminhada.

A todos os professores com os quais tive contato no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE; aos integrantes da comissão examinadora, Professores Edílson Nobre, Luciana Grassano e Marcelo Labanca.

A todos os funcionários que integram o PPGD, especialmente Carminha, Nivaldo, Rafaela e Elizabeth.

RESUMO

O objeto da presente dissertação é a análise jurídica da utilização do poder de compra estatal como instrumento de fomento, por meio da instituição legal de margens de preferência em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais nas licitações públicas. Em face do princípio da legalidade, analisa-se se é possível o estabelecimento de outros benefícios não previstos em lei, com fundamento direto no princípio de promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Procede-se, inicialmente, a uma análise da disciplina constitucional e da literatura jurídica sobre o princípio da legalidade. Aborda-se, ainda, a jurisprudência do TCU sobre o tema, concluindo-se que a Administração não pode ignorar determinações legais expressas, devendo as licitações se limitar a prever apenas os benefícios legalmente admitidos para a produção nacional. Em relação ao princípio da igualdade, avalia-se se as preferências atribuídas a produtos e serviços nacionais não contrariam esse princípio, com o estabelecimento de distinções ilegítimas à luz da Constituição. Além da análise da disciplina constitucional e da literatura jurídica acerca da isonomia, constatou-se a existência de fundamentos econômicos teóricos e empíricos que justificam o estabelecimento de medidas de proteção aos setores domésticos industrial e de serviços sofisticados como meio eficaz de promoção do desenvolvimento sustentável. Especialmente no atual contexto brasileiro de desindustrialização. De modo que a discriminação estabelecida pelas margens de preferência pode ser útil para o alcance da finalidade constitucional de promoção do desenvolvimento sustentável, não contrariando, assim, o princípio da isonomia. Finalmente, as margens de preferência são analisadas à luz do Acordo de Compras Governamentais da OMC. Após constatada sua relativa incompatibilidade com as regras de livre comércio estipuladas nesse acordo, conclui-se como não sendo recomendável a adesão plena do Brasil ao acordo, sob pena de perda de sua autonomia para o uso do poder de compra estatal com finalidade de fomento.

Palavras-chave: Poder de compra e fomento estatal. Margens de preferência nas licitações. Legalidade. Isonomia. Acordo de compras governamentais.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is the juridical analysis of the use of the state purchasing power as an instrument of economic promotion, through the legal institution of preference margins in benefit of national manufactured products and services in public bids. In view of the principle of legality, it is analyzed whether it is possible to establish other benefits not provided by the law, based directly on the principle of promoting sustainable national development. An initial examination of constitutional discipline and legal literature on the principle of legality is carried out. TCU's jurisprudence on the subject is also discussed, concluding that the Administration cannot ignore explicit legal determinations, and biddings should be limited to providing only the legally allowed benefits for domestic production. With regard to the principle of equality, it is assessed whether the preferences accorded to national products and services do not contradict this principle, with the establishment of unlawful distinctions in the light of the Constitution. In addition to the analysis of constitutional discipline and legal literature on equality, it was verified the existence of theoretical and empirical economic foundations that justify the establishment of measures to protect the domestic industrial and sophisticated services sectors as an effective mean of promoting sustainable development. Especially in the current brazilian context of de-industrialization. Thus, the discrimination established by the preference margins can be useful for achieving the constitutional purpose of promoting sustainable development and thus not contradicting the principle of equality. Finally, preference margins are analyzed in the light of the WTO's Government Procurement Agreement. After establishing its relative incompatibility with the free trade rules stipulated in this agreement, it is concluded that Brazil's full adherence to the agreement is not recommended, under penalty of losing its autonomy for the use of state purchasing power for development purposes.

Keywords: State purchasing power and economic promotion. Preference margins in government procurement. Legality. Equality. Government Procurement Agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MODALIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	14
2.1 A disciplina constitucional sobre a atuação do Estado na economia	14
2.2 O fomento estatal de atividades econômicas privadas	16
2.3 A avaliação de impacto regulatório e o fomento estatal	20
3 AS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO MEIO DE FOMENTO A ATIVIDADES ECONÔMICAS PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO	26
3.1 A licitação pública e seus princípios fundamentais	26
3.2 A função regulatória e de fomento das licitações e contratações públicas: noções gerais, fundamentos constitucionais e evolução legislativa	30
3.3 A promoção do desenvolvimento nacional sustentável como nova finalidade legal das licitações públicas	35
3.4 O conceito de desenvolvimento nacional sustentável	40
3.5 O estabelecimento de margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais	43
4 LIMITES LEGAIS AO USO DA LICITAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL	47
4.1 O princípio da legalidade administrativa	48
4.2 O posicionamento do TCU sobre os limites legais ao uso da licitação como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável	51
4.3 Análise crítica	57
5 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA	60
5.1 O princípio da isonomia	60
5.2 Isonomia e função regulatória da licitação	63
6 O ESTABELECIMENTO DE MARGENS DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS COMO CRITÉRIO VÁLIDO DE DISCRIMINAÇÃO NAS LICITAÇÕES	68
6.1 Desindustrialização no Brasil	69
6.2 Promoção do desenvolvimento e política industrial	71
6.3 Margens de preferência nas compras governamentais como ferramenta de promoção do desenvolvimento nacional sustentável	81
6.4 As margens de preferência na Lei nº 8.666/93	86
6.5 Avaliação de impacto da aplicação das margens de preferência entre 2012 e 2015	90
7 A POLÍTICA DE MARGENS DE PREFERÊNCIA E O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC	96

8 CONCLUSÕES.....	104
REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, sempre foi atribuída às licitações públicas a clássica dupla finalidade de busca da melhor proposta para a Administração aliada ao respeito à isonomia entre os licitantes. Nesse sentido é a redação original do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e o que se depreende da Constituição Federal, segundo a qual as contratações públicas dependem, em regra, de processo licitatório que assegure igualdade de condições entre os licitantes e permita apenas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. Com efeito, tratam-se de aspectos relacionados entre si, na medida em que o tratamento isonômico conferido aos eventuais interessados em contratar com o Poder Público tende a ampliar o caráter competitivo do certame, incentivando a concorrência para a apresentação de propostas mais vantajosas para as necessidades a serem supridas diretamente com a contratação, sob o aspecto técnico e econômico.

Não obstante, é forçoso reconhecer que as contratações públicas também produzem efeitos indiretos, que não alcançam exclusivamente as partes da relação contratual. O chamado “poder de compra” do Estado, a depender do volume de recursos envolvidos, pode gerar efeitos em maior ou menor grau na economia como um todo, incentivando o desenvolvimento das atividades produtivas envolvidas, direta ou indiretamente, no atendimento das demandas estatais que são objeto dos contratos administrativos.

Conforme dados da OCDE de 2015, as compras públicas representam cerca de 29% do total de gastos dos governos. Os países membros da organização gastam com aquisições públicas, em média, o equivalente a 12,1% do PIB, variando de 5,1% no México a 20,2% na Holanda.¹ Na União Européia, esse percentual é de aproximadamente 19% do PIB do bloco.² No Brasil, conforme dados de 2012, as despesas com compras governamentais chegaram a um montante próximo a 15% do PIB. Em 2012, os gastos com as compras públicas foram superiores à receita de exportações brasileiras, à receita líquida de venda de todos os setores econômicos isoladamente considerados e à soma das receitas líquidas de venda das quatro maiores empresas nacionais em 2013 (Petrobrás, Vale, JBS e Ultrapar). O Estado é, assim, o maior comprador de bens e serviços na economia brasileira, como na maioria dos países. E o

¹ OCDE (2017). *Government at a glance 2017*. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2017_gov_glance-2017-en>. Acesso em: 29/8/2017.

² UE (2015). *Study on “Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies”: final report*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en>. Acesso em: 4/9/2017.

governo federal é o maior comprador de bens e serviços no setor público nacional, respondendo por cerca de 60% do total das compras governamentais.³

O uso do poder de compra governamental para o alcance de finalidades que vão além do mero atendimento às necessidades estatais a serem supridas diretamente pela contratação administrativa é um fenômeno observado em diversos países do mundo. A título de exemplo, em 2014, o governo federal norte-americano gastou o equivalente a US\$ 41,3 bilhões em aquisições relacionadas a pesquisa e desenvolvimento, enquanto no Brasil, os gastos federais totais com pesquisa e desenvolvimento (incluindo pós-graduação) em 2013 foram de aproximadamente US\$ 11 bilhões, sendo que apenas uma pequena parte decorrente de contratações diretas pelo Estado.⁴

Nesse sentido, tem se falado em uma “função regulatória” ou mesmo em uma “função social”⁵ das licitações públicas. Tais termos buscam designar o fenômeno pelo qual as licitações e contratações públicas são utilizadas “como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis”.⁶ Tenta-se, com isso, direcionar esse inegável impacto econômico das contratações públicas para a produção de resultados benéficos à sociedade como um todo.

O tema da dissertação é precisamente essa função regulatória das licitações e contratações públicas, analisando-se sua constitucionalidade e potenciais efeitos e limites, com enfoque nas alterações introduzidas na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/10, especialmente quanto à instituição de margens de preferência em favor de bens manufaturados e serviços nacionais. Em linhas gerais, essa função regulatória ou indutora das licitações e contratos consiste na possibilidade de sua utilização como instrumentos de intervenção do Estado na economia, tendo em vista o grande volume de recursos financeiros destinados àqueles que são contratados pelo Poder Público. Possibilidade essa que, embora já

³ RAUEN, André Tortato. Racionalidade e primeiros resultados das políticas de inovação que atuam pelo lado da demanda no Brasil. In: RAUEN, André Tortato (org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017, p. 19-46.

⁴ RAUEN, André Tortato. Risco e incerteza na aquisição pública de P & D: a experiência norte-americana. In: RAUEN, André Tortato (org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017, p. 375-412.

⁵ FERREIRA, Daniel. Procedimento licitatório e o desenvolvimento nacional sustentável. In: **BLC - Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, p. 391-407, Maio/2013.

⁶ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 7/8/2017.

vislumbrada em algumas leis esparsas, veio a ser consagrada expressamente e de forma mais geral por meio da Lei nº 12.349/10, que introduziu na Lei nº 8.666/93 a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como mais uma finalidade das licitações públicas, ao lado do respeito à isonomia e da busca da proposta mais vantajosa.

O enfoque do presente estudo é essencialmente jurídico, embora, pela própria natureza do tema, seja inevitável recorrer a conhecimentos da área de economia. No que diz respeito a normas que autorizam uma atuação interventiva do Estado na ordem econômica, não se pode ignorar a análise quanto aos potenciais efeitos que se pode razoavelmente esperar dessa intervenção. Até mesmo para se avaliar a compatibilidade das medidas interventivas eleitas com as finalidades constitucionais perseguidas e o conteúdo material do princípio da isonomia. Análise para a qual considerações de natureza exclusivamente jurídica não se revelam suficientes.

Não obstante, mesmo quando se recorre a conhecimentos da área econômica, o objetivo principal do estudo é o exame quanto à possibilidade jurídica da utilização do poder de compra do Estado com essa finalidade, procurando expor suas potencialidades e limites, de acordo com as normas do ordenamento vigente. Não se pretende, assim, fazer uma análise aprofundada do ponto de vista estritamente econômico acerca das qualidades ou deficiências de uma postura estatal mais ou menos interventiva. Tal discussão, além de bastante complexa e plena de controvérsias (muitas vezes ideológicas), ultrapassa os limites de uma dissertação na área do Direito.

No estudo empreendido, prepondera o método dedutivo. Com efeito, para se chegar a conclusões sustentáveis acerca do tema em destaque, deu-se preferência à análise da literatura, jurisprudência e legislação mais relevantes existentes sobre a intervenção estatal na economia, com foco especial na função regulatória das licitações. Tal análise privilegiará especialmente o aspecto jurídico, mas sem ignorar as questões de natureza econômica que cercam a matéria. Em seguida, pretende-se relacionar as contribuições teóricas examinadas quanto a esses temas, de modo a se chegar a conclusões mais específicas sobre a utilização do poder de compra estatal como instrumento de intervenção na economia, suas potencialidades, requisitos e limites, especialmente no que diz respeito à política de margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais.

O método indutivo também ocupa espaço importante, tendo em vista a experiência prática já existente na aplicação de margens de preferência nas licitações do governo federal, inclusive com a elaboração, pelo Ministério da Fazenda, de estudo de avaliação de impacto sobre as margens aplicadas no período de 2012 a 2015. Os resultados obtidos nessa análise

constituem elementos importantes para subsidiar a conclusão acerca da real eficácia da política de margens de preferência para produzir os resultados esperados.

A técnicas de pesquisa adotadas foram, basicamente, as pesquisas bibliográfica e documental. Em relação ao tema objeto da dissertação, a pesquisa bibliográfica focou principalmente na análise da literatura especializada existente quanto à intervenção estatal na economia e, mais especificamente, no que diz respeito à função regulatória e indutora das contratações públicas. Foi dada preferência à análise da literatura nacional sobre o tema, contida em livros, periódicos, teses e dissertações. Sem prejuízo de se recorrer, em caráter auxiliar, à literatura existente em língua estrangeira. Sobre o período das publicações nacionais a serem consultadas, deu-se preferência àquelas posteriores à edição da Lei nº 12.349/10, que conferiu caráter geral à possibilidade de utilização das contratações públicas como instrumento de intervenção na esfera econômica. Isso sem excluir a análise de alguns textos pioneiros, que já abordavam o tema antes da alteração legislativa em questão. Quanto à literatura estrangeira, não foi estabelecida qualquer limitação temporal, privilegiando-se a análise das publicações que se relacionam mais diretamente com o tema proposto.

Já a pesquisa documental foi realizada, especialmente, com foco nas normas jurídicas nacionais que tratam da matéria no momento atual. Ênfase especial foi conferida aos dispositivos constitucionais que tratam da atuação do Estado na economia. Da mesma forma, o estudo abrangeu os dispositivos legais instituidores de regras e princípios que visam permitir a realização de contratações públicas cujo objetivo não seja apenas suprir as necessidades materiais da Administração, mas também interferir na atividade econômica.

Outro ponto importante da pesquisa documental foi a análise da avaliação de impacto acima referida, por meio da qual a Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda procurou avaliar os efeitos das margens de preferência aplicadas nas compras governamentais no período de 2012 a 2015.

A análise documental também englobou a jurisprudência nacional sobre o tema, merecendo destaque a análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Os precedentes da referida corte possuem inquestionável importância em matéria de licitações e contratos administrativos, servindo de guia para gestores, assessorias jurídicas e órgãos de controle interno e externo, a exemplo dos tribunais de contas estaduais. No que diz respeito ao tema da dissertação, como não poderia deixar de ser, o TCU também tem se debruçado sobre a questão, merecendo destaque as discussões travadas no âmbito dos Acórdãos nº 2.241/2011, 1.317/2013 e 286/2014, todos do Plenário. Assim, afigura-se fundamental analisar criticamente a evolução da jurisprudência daquele órgão quanto ao tema objeto de análise.

O presente trabalho é dividido em 6 capítulos, além desta introdução e da conclusão. O capítulo 1 procura traçar noções gerais sobre a intervenção estatal da economia, especialmente a atividade de fomento. À luz da Constituição, são analisadas as diversas formas de intervenção compatíveis com o sistema constitucional e as características principais do fomento estatal. Também é analisada a importância da avaliação de impacto regulatório para a atividade de fomento.

O capítulo 2 adentra de forma mais específica o tema relativo à utilização das licitações e contratos públicos com função regulatória, para o fomento de atividades privadas de interesse público. De início, faz-se uma breve análise dos aspectos jurídicos básicos das licitações, com ênfase nos tradicionais princípios da isonomia e da busca da proposta mais vantajosa. Em seguida, são apontados os fundamentos constitucionais para essa excepcional função regulatória das compras públicas, bem como a existência de diversos dispositivos legais que já a previam antes mesmo da edição da Lei nº 12.349/10, a exemplo do estatuto nacional da micro e pequena empresa (Lei Complementar nº 123/06). Também são analisadas as diversas inovações introduzidas pela Lei nº 12.349/10 na disciplina geral das licitações e contratos administrativos, especialmente as previsões sobre a política de margens de preferência.

O capítulo 3 aborda os limites legais ao uso da licitação para promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para esse fim, utiliza-se como objeto específico de análise a evolução jurisprudencial do TCU sobre o tema, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa.

No capítulo 4 é analisada a compatibilidade da função regulatória das licitações e contratos com o princípio constitucional da isonomia. Por ser próprio do exercício dessa modalidade de intervenção estatal o estabelecimento de distinções que podem privilegiar ou prejudicar determinados licitantes, tendo em vista finalidades diversas do mero cumprimento adequado e mais econômico possível das obrigações contratuais, é forçoso analisar se as discriminações estabelecidas são compatíveis com o conteúdo material da isonomia.

Ainda em relação ao tema iniciado no capítulo anterior, o capítulo 5 procura avaliar, de forma mais específica, se as margens de preferência em favor de produtos manufaturados e serviços nacionais atendem a critérios válidos de discriminação, à luz da isonomia e da finalidade de natureza constitucional perseguida (promoção do desenvolvimento). Para tanto, foi necessário recorrer à literatura especializada na área de economia, a fim de avaliar a existência de fundamentos teóricos e empíricos para o uso da política de preferências nas compras governamentais como instrumento potencialmente eficaz para a promoção do

desenvolvimento econômico nacional. Também é nesse capítulo que se procede à análise mais detalhada do estudo técnico realizado pelo Ministério da Fazenda sobre os resultados da política de margens de preferência entre 2012 e 2015. O objetivo principal é avaliar se o critério de discriminação eleito (margens de preferência nas compras públicas) pode ser considerado apto ao alcance da declarada finalidade de natureza constitucional e, portanto, compatível com o princípio da isonomia.

O capítulo 6 procura abordar a dimensão internacional do uso da política de margens de preferência nas compras governamentais. É analisada, especialmente, a compatibilidade desse tipo de política com as regras de direito internacional, notadamente o acordo de compras governamentais da OMC, do qual o Brasil ainda não é signatário; bem como as consequências para essa política pública caso o país opte por aderir ao acordo.

Finalmente, são expostas as conclusões que se chegou ao longo do estudo.

2 A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MODALIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

2.1 A disciplina constitucional sobre a atuação do Estado na economia

Antes de se adentrar no tema central objeto do estudo, é oportuno tecer algumas considerações sobre as modalidades de intervenção do Estado brasileiro na economia, em especial a atividade de fomento, à luz das disposições contidas no texto constitucional. A ordem econômica é objeto dos arts. 170 a 181 da Constituição da República, os quais tratam, dentre outros aspectos, das formas de intervenção estatal na economia e da prestação de serviços públicos pela Administração ou seus delegados.

Em análise das normas atinentes à ordem econômica na Constituição de 1988, Eros Roberto Grau aduz que não há oposição entre os conceitos de atividade econômica e serviço público, mas sim uma relação de gênero e espécie. O conceito de atividade econômica (*lato sensu*) engloba as atividades econômicas em sentido estrito, reservadas, em regra, aos particulares, e os serviços públicos, atribuídos preferencialmente ao Estado. Por estar voltado à satisfação de necessidades mediante a utilização de bens e serviços escassos, o serviço público seria um tipo de atividade econômica, tendo por nota distintiva o fato de sua prestação competir preferencialmente ao setor público.⁷

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.

A disciplina constitucional básica sobre a atuação do Estado na ordem econômica se encontra nos arts. 173 a 175 da Constituição da República. O art. 173, *caput*, consagra a excepcionalidade da exploração direta de atividade econômica (*stricto sensu*) pelo Estado, a qual apenas será permitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme disposto em lei. Também em seu *caput*, o art. 174 atribui ao Estado a condição de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, devendo exercer, na forma da lei, “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”, com a ressalva de que o planejamento estatal será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A única atividade econômica (em sentido amplo) cuja titularidade e execução é atribuída ao Estado é a prestação de serviços públicos, diretamente ou por delegação (concessão ou permissão), nos termos do art. 175, *caput*.⁸

Percebe-se, assim, que o constituinte adotou um modelo de Estado subsidiário e regulador. Por essa concepção, a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado é admitida somente em caráter excepcional, cedendo lugar para formas indiretas de intervenção, com ressalva apenas da prestação de serviços públicos, a qual permanece de titularidade estatal. O modelo de Estado regulador não significa necessariamente uma menor intervenção estatal na esfera econômica, mas antes a preferência por formas qualitativamente distintas de intervenção, com a substituição da exploração direta por estímulos e regulações. Mas o grau dessa intervenção ainda pode variar, com mais ou menos regulação e incentivos, observados os marcos constitucionais. Nesse passo, é de ver-se que, ao mesmo tempo em que se previu a excepcionalidade da intervenção estatal direta na ordem econômica, as necessidades coletivas a serem satisfeitas se expandiram com a Constituição de 1988, o que confere amplo espaço para os mecanismos estatais de intervenção indireta na Economia.⁹

É oportuno lembrar que, nos termos da Constituição brasileira (art. 170), a ordem econômica é fundada não apenas na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho e tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme ditames de justiça social e observados diversos princípios de igual estatura, como os da soberania nacional, função social

⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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. (...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções Gerais sobre o Fomento Estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2014, vol. 4, p. 407.

da propriedade, defesa do consumidor e meio ambiente, redução das desigualdades, busca do pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte.¹⁰ Na lição de Marques Neto, cumpre ao Estado assegurar que a ordem econômica nacional se desenvolva dentro desses quadrantes, tendo a livre iniciativa como fundamento e os demais valores como seus fins.¹¹

Não parece correta, assim, a afirmação de Souto no sentido de que a regulação estatal da ordem econômica deve buscar apenas promover a competição e a livre concorrência.¹² A regulação pública da economia visa influenciar o comportamento dos agentes econômicos, de modo a evitar efeitos lesivos a “interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis”¹³, de acordo com a disciplina constitucional vigente. Que não se restringe aos valores da livre iniciativa e livre concorrência. Como visto, a ordem econômica, nos termos da Constituição, também deve ser orientada por outros princípios de igual estatura. Eventualmente, pode-se justificar certa restrição à livre concorrência para a promoção desses princípios. O que autoriza a intervenção estatal na economia, em maior ou menor grau, ainda que de forma indireta, é a busca pelo alcance proporcional de todos esses fins. Sem que seja possível, por óbvio, o sacrifício integral da livre concorrência ou de qualquer outro princípio da ordem econômica, todos de igual relevância normativa. É no respeito equilibrado e proporcional a tais princípios, nem sempre coincidentes, que deve se pautar a atuação do Estado nessa área.

2.2 O fomento estatal de atividades econômicas privadas

Dentre essas formas indiretas de intervenção, merece especial destaque, para os fins do presente estudo, a atividade de fomento, de incentivo estatal a atividades privadas

¹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹¹ MARQUES NETO, op. cit., p. 406.

¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>. Acesso em: 4/8/2017.

¹³ SANTOS, Antônio Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 207-208.

reputadas como de interesse público. Pode-se definir o fomento como modalidade de intervenção estatal indireta na economia, por meio do qual o Poder Público incentiva a realização de atividades econômicas privadas que possam viabilizar o alcance de fins de interesse público, de forma consensual e sem necessidade de execução direta da atividade pela Administração.

No marco do Estado regulador brasileiro, que privilegia modalidades de intervenção indireta na Economia ao mesmo tempo em que impõe o cumprimento de diversos princípios de interesse coletivo, a atividade de fomento adquire especial importância. Traço essencial do fomento é a ausência de coercitividade. Por meio dele, o Poder Público se utiliza de incentivos para promover a realização de atividades privadas de interesse público, que possam contribuir para a concretização dos princípios consagrados no art. 170 da Constituição. Mas a execução de tais atividades é voluntária, permanece sendo de livre iniciativa dos eventuais interessados. De modo que a satisfação dos fins de interesse público é buscada por meio de uma intervenção estatal mínima na propriedade e na liberdade, ficando ainda dependente do consenso e adesão dos agentes econômicos beneficiários do fomento.¹⁴

A intervenção se dá, na lição de Eros Grau, por meio de “normas de intervenção por indução”, não dotadas da mesma carga cogente das “normas de intervenção por direção”, que impõem comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes econômicos. Na intervenção por indução, ao destinatário da norma permanece aberta a alternativa de aderir ou não à sua prescrição, podendo fruir ou não dos benefícios normativamente previstos.¹⁵ A única consequência da eventual não adesão ao comportamento estimulado é a provável situação de desvantagem em que o particular ficará em relação aos concorrentes que tenham optado por executar a atividade objeto do incentivo, com os benefícios daí decorrentes.

Pelo fomento, objetiva-se interferir na oferta e demanda de determinados bens ou serviços que possam gerar externalidades positivas ou negativas para a sociedade em geral. Com suporte na teoria econômica, pode-se definir externalidades como “alterações de custos e benefícios para a sociedade derivadas da produção das empresas”. As externalidades são positivas “quando uma unidade econômica cria benefícios para outras, sem receber pagamento por isso”. Exemplo de externalidade positiva seria a geração de empregos decorrente de determinado empreendimento. De seu turno, são negativas “quando uma

¹⁴ MARQUES NETO, op. cit., p. 409.

¹⁵ GRAU, op. cit., p. 158.

unidade econômica cria custos para outras, sem pagar por isso”.¹⁶ Seria o caso, por exemplo, da poluição ambiental inerente a certa atividade. No primeiro caso, o fomento atua para estimular a atividade econômica privada; no segundo, para desestimulá-la. Sempre, reitere-se, à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica e de forma consensual, não coercitiva, com respeito à livre iniciativa.

Dentre as características da atividade de fomento, conforme referidas por Marques Neto, merece destaque, ainda, que seu objeto devem ser atividades econômicas privadas, regidas pela livre iniciativa e em relação às quais o Estado não possui a obrigação de disponibilizá-las para a sociedade. Elegem-se atividades econômicas a serem privilegiadas pelo Estado quando sua execução coincida com interesses públicos relevantes, no intuito de ensejar benefícios a serem auferidos coletivamente. O fomento objetiva tornar mais atrativas atividades econômicas que gerem mais benefícios à coletividade, no intuito de moldar a ordem econômica de acordo com os princípios constitucionais.¹⁷ É certo que tal escolha deve levar em conta o princípio da isonomia em seu sentido material, com base em critérios constitucionalmente legítimos. O tratamento discriminatório em benefício de determinada atividade e seus agentes não pode ser vedado pela Constituição e deve ser apto ao alcance de alguma outra finalidade de natureza constitucional, sob pena de incompatibilidade com o princípio da igualdade.

Por meio do fomento, o Estado reconhece que fins de interesse público podem ser alcançados pela execução de atividades econômicas privadas, havendo uma “confluência de interesses públicos e privados”. A configuração de determinada atividade privada como estritamente econômica e orientada à busca pelo lucro não impede que também tenha certa relevância social e gere benefícios e desenvolvimento para a coletividade em geral.¹⁸ Em face dessa constatação, a Administração pode, de forma legítima, incentivar a execução de tais atividades pelo setor privado, conforme expressamente autorizado pelo art. 174 da Carta Magna e com respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica.

O fomento diz respeito à alteração do comportamento dos agentes em relação ao que seria se obedecessem apenas às leis do mercado ou a normas privadas de autorregulação. Mais do que uma função meramente corretiva de eventuais falhas de mercado, trata-se de uma

¹⁶ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84-85.

¹⁷ MARQUES NETO, op. cit., p. 417-418.

¹⁸ MARQUES NETO, op. cit., p. 419.

orientação ou promoção da atividade econômica nos sentidos preconizados pelas políticas públicas.¹⁹

De acordo com Marques Neto, o caráter consensual da adesão do particular ao fomento é que o diferencia de outras modalidades de intervenção estatal, como a regulação e a prestação de serviços públicos. No tocante à regulação, aponta que as medidas regulatórias incidem de forma coercitiva para todos os agentes do setor regulado, independentemente de opção, enquanto o fomento beneficiará apenas aqueles que por ele optem.²⁰ Foi esse o posicionamento adotado pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, na qual se discutiu a constitucionalidade da lei que disciplina as organizações sociais (Lei nº 9.637/98). Na ementa do julgado, restou consignado que a intervenção estatal indireta na economia pode se dar por regulação, com coercitividade, ou pelo fomento, mediante incentivos a comportamentos voluntários.²¹

Considerar o consenso como traço distintivo do fomento em relação a outras modalidades de intervenção estatal, especialmente a regulação, não é ponto pacífico na doutrina. Aragão, por exemplo, adota um conceito mais amplo de regulação. Para esse autor, se a atuação estatal tiver por objetivo condicionar o comportamento dos agentes econômicos, ainda que por incentivos ou mesmo por meio da atividade direta do Estado como produtor de bens e serviços, também deve ser abrangida no conceito de regulação.²²

Nenhuma das posições acima parece estar em conformidade com a disciplina constitucional da matéria. Em uma análise eminentemente jurídica, por óbvio, não se deve desconsiderar o que dispõe o texto normativo. Como já visto, a Constituição prevê três modalidades básicas de atuação do Estado na economia: a) exploração direta e excepcional da atividade econômica, por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos da lei (art. 173); b) prestação de serviços públicos, diretamente ou por delegação (concessão ou permissão), conforme o art. 175; c) intervenção indireta como agente

¹⁹ SANTOS, GONÇALVES e MARQUES, op. cit., p. 212.

²⁰ MARQUES NETO, op. cit., p. 421, 424.

²¹ (...) 3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1923/DF. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento: 16/4/2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8/8/2017.)

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 25-26.

normativo e regulador da atividade econômica, por meio do exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

Assim, à luz do quadro normativo constitucional vigente, a função regulatória (*lato sensu*) engloba a atividade de incentivo, de fomento da economia. Por outro lado, tanto a exploração direta e excepcional de atividade econômica *stricto sensu* como a prestação de serviços públicos configuram atividades distintas das formas de intervenção indireta do Estado, como “agente normativo e regulador” da atividade econômica. De modo que a regulação é de fato um conceito amplo, que engloba, dentre outras atividades, o fomento. Porém não tão amplo a ponto de abranger também a atuação estatal direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito ou como prestador de serviços públicos. Ainda que, em certas situações, se possa vislumbrar uma finalidade regulatória no exercício de tais atividades, não se enquadram no conceito normativo delimitado pela Constituição. Esse também parece ser o entendimento de Oliveira, para quem a regulação corresponde ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se a atuação estatal direta na economia.²³

2.3 A avaliação de impacto regulatório e o fomento estatal

De acordo com Auby e Perroud, a avaliação de impacto regulatório (AIR) consiste em um estudo técnico que visa prever, com base em uma análise de custo-benefício, os efeitos prováveis de determinada regulação ou norma legal que se pretende editar, sob os mais variados aspectos. Trata-se de ferramenta que tem por objetivo produzir melhores normas e reduzir os custos que as iniciativas legislativas (ou regulatórias) impõem aos cidadãos, empresas e governos, obrigando os responsáveis pela aprovação das normas a ponderar os custos e benefícios, de modo a buscar o melhor resultado possível. Embora seu objetivo principal seja estimar previamente os efeitos esperados de determinada inovação normativa, a AIR também pode ser utilizada posteriormente à implementação da medida, para avaliar os efeitos de normas jurídicas já existentes.²⁴ O que é de fundamental importância para identificar se as normas pertinentes devem ser modificadas ou mesmo revogadas, caso não tenham produzido os resultados esperados.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

²⁴ AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas. *Introducción*. In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatório**. Sevilha: INAP, p. 11-66, 2013.

A avaliação de impacto engloba, mas não se limita a uma análise dos custos e benefícios estritamente econômicos, embora esse aspecto consista em parte essencial da avaliação. Os efeitos a serem levados em conta variam muito, podendo ser econômicos, legais, ambientais, sociais, etc.²⁵ Disso decorre o caráter interdisciplinar da AIR, cuja realização pode demandar o concurso de conhecimentos científicos das mais diversas áreas, a depender da situação específica a ser enfrentada e das exigências do ordenamento jurídico em vigor. Ao agregar fundamentos técnico-científicos às justificativas para a manutenção ou alteração de normas jurídicas, a avaliação de impacto, se adequadamente utilizada, pode se configurar como um instrumento importante para conferir maior consistência e eficácia às políticas públicas.

Apesar do exposto, a AIR não se trata de ferramenta infalível e sem limitações, capaz de indicar a melhor regulação ou política pública a ser adotada em toda e qualquer situação. As normas jurídicas não funcionam como um algoritmo, cujos estímulos determinam mecanicamente os comportamentos dos indivíduos.²⁶ Além desse inerente grau de incerteza, que pode se apresentar em maior ou menor medida, sempre haverá alguma margem de liberdade para o gestor responsável pela tomada de decisão final. Como afirma Ogus, a avaliação de impacto não proporciona uma prova definitiva sobre se determinada regra deve ou não ser implementada, consistindo seu maior valor em disponibilizar informação sistemática aos responsáveis pela elaboração das políticas públicas, bem como tornar mais transparente o processo de tomada de decisões, obrigando as autoridades a abordar questões fundamentais de forma mais coerente e fundamentada. Mas a análise técnica dos custos e benefícios não pode ser separada de sua dimensão política, a qual diz respeito ao que é aceitável do ponto de vista da justiça distributiva, dos juízos éticos; ou em que medida devem ser feitas concessões à opinião pública, cuja percepção sobre riscos, por exemplo, pode divergir das conclusões alcançadas no procedimento de avaliação de impacto.²⁷ Invariavelmente, restará certa margem de liberdade de avaliação política, a ser exercida pelas autoridades que detém legitimidade constitucional para tanto, notadamente no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

²⁵ AUBY e PERROUD, op. cit.

²⁶ MARTY, Frédéric. *Comentarios a la tesis del Professor Ogus desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho*. In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatorio**. Sevilla: INAP, p. 93-116, 2013.

²⁷ OGUS, Anthony. *La Evaluación de Impacto Regulatorio: una perspectiva económico-política*. In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatorio**. Sevilla: INAP, p. 67-92, 2013.

O processo de se instituir a AIR como condição prévia para inovações normativas/regulatórias teve origem nos Estados Unidos, por meio da Ordem Executiva nº 12.291²⁸, editada pelo então presidente Reagan em 1981, a qual passou a obrigar as agências reguladoras a realizar uma análise de custo-benefício antes de uma nova regulação entrar em vigor. Nesse período, a análise custo-benefício tinha por finalidade implementar uma política de desregulação da economia americana.²⁹ Uma das características principais dessa fase inicial foi a exigência de o estudo demonstrar que os benefícios da regulação pretendida “superem” os custos correspondentes. Posteriormente, a avaliação de impacto regulatório passou a ser adotada em diversos países, especialmente na Europa. Na Inglaterra, o objetivo inicial também foi a desregulação da economia, conforme as diretrizes do governo de Margaret Thatcher, alinhado com o que ocorria do outro lado do Atlântico.³⁰

Com o passar do tempo, a avaliação de impacto foi perdendo esse viés anti-regulatório e se convertendo em um instrumento cujo objetivo é melhorar a qualidade da legislação/regulação em geral, seja por meio de uma maior ou menor regulação. Tudo a depender do que indicarem os dados obtidos em relação a cada situação concreta. Nos Estados Unidos, já se pode apontar como um indicador nesse sentido a Ordem Executiva nº 12.866/93 do governo Clinton, segundo a qual os benefícios previstos devem “justificar” a regulação pretendida, ao invés de “superar” os custos, além do dever de levar em conta os impactos distributivos e a equidade.³¹ Tal alteração indica que a avaliação também deve analisar aspectos qualitativos e não uma exclusiva ponderação quantitativa dos custos e benefícios identificados, além de enfatizar a preocupação com a questão distributiva. Mais recentemente, os princípios gerais estabelecidos no governo Clinton foram reafirmados pela Ordem Executiva nº 13.563/11, editada pelo presidente Obama, a qual determina expressamente que a regulação deve levar em conta seus custos e benefícios quantitativos e qualitativos.³²

No âmbito da União Européia, o modelo de “avaliação integral de impacto”, estabelecido em 2002, incorpora não apenas a dimensão econômica, mas também a social e ambiental de cada proposta normativa. Nesse sentido, merece destaque a regulação do

²⁸ *Executive Order 12291*. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>. Acesso em: 21/2/2017.

²⁹ SHAPIRO, Stuart. *The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking*. In: LEVI-FAUR, David (Org.). **Handbook on the Politics of Regulation**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, p. 385-396, 2011.

³⁰ AUBY e PERROUD, op. cit.

³¹ *Executive Order 12866*. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1993-clinton.html>. Acesso em: 20/2/2017.

³² *Executive Order 13563*. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2011.html>. Acesso em: 16/2/2017.

instituto na França, onde o impacto econômico é apenas um dentre diversos aspectos a serem analisados na avaliação dos projetos de lei.³³ Tudo com base na idéia de “legislar melhor”, buscando-se afastar ao máximo qualquer viés pró ou anti-regulatório.

Ainda há um vasto campo a ser explorado para o progressivo aprimoramento das avaliações de impacto regulatório, com o objetivo final de melhorar a qualidade das regulações e leis produzidas pelo Poder Público. Na experiência internacional, o processo de aprimoramento de tais avaliações tem sido contínuo. Exemplo disso é a incorporação dos subsídios fornecidos pelas ciências comportamentais, como a psicologia e a economia comportamental (*behavioral economics*). É o que se observa na Ordem Executiva nº 13.707³⁴, de 15/9/2015, editada nos Estados Unidos pelo Presidente Obama. Em linhas gerais, essa ordem determina que os diversos órgãos governamentais devem identificar políticas e programas em relação aos quais as ciências comportamentais podem contribuir para a melhoria do bem estar coletivo, dos resultados dos programas e de seus custos, bem como desenvolver estratégias para sua aplicação e avaliação de sua eficácia.

Em face do exposto, não é difícil perceber que a avaliação de impacto pode ser útil não apenas para a regulação em sentido estrito, mas também para a atividade de fomento estatal. Aspecto importante do fomento é a incerteza quanto à real eficácia que se pode esperar das medidas a serem tomadas. Não é possível prever com segurança se as medidas de incentivo que se pretende adotar serão suficientes para estimular os comportamentos desejáveis dos agentes econômicos e alcançar os fins de interesse público pretendidos. Como afirma Stober³⁵, o fomento da economia é levado a efeito em condições de relativa insegurança, pois no momento da decisão acerca das medidas a serem adotadas, as consequências a elas associadas se baseiam em informações insuficientes e conhecidas apenas parcialmente.

Disso decorre a importância de uma prévia avaliação técnica dos efeitos que se pode razoavelmente esperar dos incentivos adotados, sendo insuficiente uma análise exclusivamente jurídica sobre a compatibilidade formal das medidas com o ordenamento vigente. Instrumentos como uma adequada avaliação de impacto regulatório podem exercer papel relevante nesse sentido. Tais avaliações devem ser repetidas posteriormente à implementação das medidas, no intuito de verificar os resultados obtidos. Embora nunca seja

³³ AUBY e PERROUD, op. cit.

³⁴ *Executive Order 13707*. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2015>. Acesso em: 21/2/2017.

³⁵ STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**: fundamentos e princípios, direito constitucional econômico. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 283.

possível eliminar totalmente os riscos e incertezas quanto à real eficácia das medidas de fomento.

Avaliações de impacto posteriores à implantação das medidas também podem ser úteis para minorar outro dos riscos inerentes ao fomento, consistente em sua possível e indesejável utilização em excesso. Deve-se ter cautela para que os incentivos públicos não terminem acarretando paralisia no setor privado, prejudicando a livre iniciativa e a inovação. O fomento não deve simplesmente proteger setores ou empresas ineficientes, mas estar calcado em uma política pública clara, com finalidades transparentes e constitucionalmente legítimas, que autorizem necessárias e pontuais restrições à livre concorrência. É recomendável, ainda, que sejam medidas temporárias, vinculadas ao alcance efetivo dos resultados pretendidos. Daí a importância que tais incentivos estejam sujeitos a constante reavaliação e aferição de sua real eficácia. Na expressão de Stober, deve-se tratar de uma “ajuda orientada à supressão” ou *sunset legislation*, sendo necessário um controle quanto ao sucesso das medidas, para que não ocorra a paralisia acima referida e a disseminação de uma “mentalidade de subsídio”.³⁶

Contudo, mesmo uma análise retrospectiva de resultados possui limitações para uma avaliação precisa desses efeitos. Isso porque fatores estranhos e independentes das medidas de fomento podem, eventualmente, ter contribuído mais decisivamente para o alcance da finalidade perseguida. Nessa situação, o fomento pode ter representado um custo desnecessário para o Estado, já que os objetivos seriam de qualquer modo atingidos pela livre atuação dos agentes de mercado. Por outro lado, fatores independentes também podem impedir que os resultados sejam alcançados em sua plenitude, ainda que as medidas de incentivo tenham sido adequadas. Nessa situação, o fomento estatal pode ter sido insuficiente, embora eventualmente tenha amenizado determinados aspectos negativos da realidade econômica existente. Em ambas as hipóteses, pode ser precipitado concluir pela eficácia ou ineficácia dos estímulos estatais, sendo necessária a avaliação mais completa possível de todos os outros fatores que também possam ter influenciado nos resultados obtidos. De qualquer modo, demonstrar relações de causa e efeito é tarefa particularmente difícil no âmbito das ciências sociais. Restará sempre alguma dose de incerteza, em maior ou menor grau, quanto ao caminho não seguido. É tarefa das avaliações técnicas pertinentes (prévias, concomitantes e posteriores à execução das medidas) tentar reduzir ao máximo esse grau de incerteza.

³⁶ STOBER, op. cit., p. 291.

Em termos jurídicos, a avaliação de impacto se relaciona mais diretamente com o princípio da eficiência, na medida em que visa contribuir para uma maior eficácia das políticas públicas. Além disso, é de ver-se que a realização de prévias avaliações de impacto das medidas de fomento que se pretende adotar, tendo em vista sua utilidade para minorar os riscos de ineficácia e desperdício de recursos públicos, também pode servir como subsídio para avaliar a compatibilidade de tais medidas com o princípio da isonomia. Isso porque, como se verá adiante com mais detalhes, distinções e preferências que não sejam minimamente capazes de produzir os efeitos positivos e constitucionais esperados pelos agentes públicos responsáveis configuram ofensa ao conteúdo material da isonomia. Por não estarem fundamentados em fatores de discriminação válidos, aptos a promover determinada finalidade de índole constitucional.

Não se quer dizer com isso que a atividade administrativa ou legislativa de regulação e fomento deva ser necessariamente vinculada aos resultados produzidos por eventuais avaliações de impacto realizadas. Assim não deve ser. Seja pela legitimidade democrática dos agentes políticos, seja pelo relativo grau de incerteza inerente a tais avaliações, como já referido. Cabe à análise expor os dados coletados e a avaliação técnica pertinente, ficando a cargo da autoridade competente a tomada de decisão acerca do tema. Ademais, a existência de vinculação dessa ordem poderia gerar fortes incentivos para que tais análises apenas corroborem a vontade da Administração, sendo razoável supor que os órgãos encarregados ou consultorias contratadas se sentiriam pressionados a emitir posicionamentos favoráveis às medidas pretendidas.³⁷ É certo que tal pressão ocorrerá de qualquer forma, mas o problema se agravaria na hipótese de existir essa vinculação aos resultados dos estudos técnicos.

Apesar de suas limitações, a realização de avaliações de impacto por parte de especialistas dotados de independência e da necessária *expertise* técnica permitiria uma decisão mais bem informada por parte do Poder Público. Além disso, embora não vinculante, a tomada de eventual decisão contrária à recomendação técnica traria ao agente público responsável um ônus argumentativo significativamente maior. Seria recomendável dar a mais ampla publicidade possível aos estudos técnicos realizados, inclusive na rede mundial de computadores. O que permitiria um efetivo acompanhamento social e pelos órgãos de controle quanto às razões que fundamentaram o estabelecimento ou manutenção das medidas de fomento. A maior transparência e controle do processo decisório também seria útil para

³⁷ ROSILHO, André. BRAGA, André de Castro O.P. **Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>>. Acesso em: 24/8/2017.

reduzir a influência de *lobbies* empresariais comprometidos com interesses exclusivamente privados.

No Brasil, não há norma legal expressa que trate da avaliação de impacto de forma geral, como providência prévia a ser adotada em relação à edição de atos normativos pelo Poder Público. A institucionalização dessa importante ferramenta de análise de forma mais geral poderia representar um passo importante para o aprimoramento das políticas públicas de regulação e fomento no país, dotando-lhes de maior eficácia e podendo prevenir, inclusive, a concretização de medidas potencialmente ofensivas ao conteúdo material do princípio da isonomia. Como afirma Oliveira³⁸, uma iniciativa embrionária a esse respeito pode ser identificada no Decreto nº 4.176/02, que estabelece normas para a elaboração e encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência da União. Em seu Anexo I, exige-se a avaliação de diversos impactos esperados dos atos normativos propostos. Já em relação ao objeto específico do presente estudo, a legislação demonstra algum avanço nesse sentido. O § 6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 exige a elaboração de estudos técnicos para a instituição e prorrogação de margens de preferência nas licitações públicas, que levem em consideração os aspectos indicados na lei.

Após essas considerações iniciais sobre o fomento como modalidade de intervenção estatal indireta na economia e a importância das avaliações de impacto nessa matéria, já é possível adentrar no tema que é propriamente objeto desta dissertação, relativo à possibilidade de se utilizar as licitações e contratações públicas como instrumento de fomento da atividade econômica. Antes disso, contudo, é oportuno tecer breves considerações sobre a disciplina constitucional básica das licitações e seus princípios fundamentais.

3 AS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO MEIO DE FOMENTO A ATIVIDADES ECONÔMICAS PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO

3.1 A licitação pública e seus princípios fundamentais

Nos termos da Constituição Federal, as contratações realizadas pela Administração Pública, ressalvadas as exceções legais, devem se submeter a prévio procedimento de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, permitindo-se apenas exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratadas. Garante-se, ainda, a manutenção das condições

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 285.

efetivas da proposta, nos termos da lei, o que fundamenta toda a disciplina legal referente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.³⁹ Também de acordo com a Carta Magna, é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a administração direta e indireta de todos os entes federativos.⁴⁰

Em face da disciplina constitucional específica sobre o tema, percebe-se que o princípio fundamental que rege as licitações públicas é o da isonomia. É o direito fundamental de igualdade que impõe, em última análise, a prévia licitação como requisito necessário à generalidade das contratações públicas. De acordo com Dallari, o princípio constitucional da igualdade, por si só, já seria suficiente para tornar obrigatório um procedimento de seleção isonômico prévio às contratações administrativas, ainda que não houvesse disciplina constitucional específica sobre as licitações públicas. Obrigatoriedade que erige a própria licitação em princípio.⁴¹ Afinal, se há possibilidade de competição entre agentes privados que estejam habilitados e dispostos a fornecer os bens e serviços que a Administração precisa contratar para suprir suas necessidades, o princípio da igualdade impõe ao gestor público que assegure tratamento isonômico entre os interessados.⁴²

No exercício de sua competência para legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos públicos, a União editou a Lei nº 8.666/93, conhecida como a lei geral de licitações e contratos administrativos. Embora nem todos os seus preceitos possam efetivamente ser qualificados como normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos, não se pode negar essa natureza ao art. 3º, *caput*, que trata dos princípios jurídicos específicos da licitação. Em sua redação original, dispôs expressamente que a licitação se destina a “garantir

³⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28/7/2017.)

⁴⁰ 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, § 1º, III; (...) (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28/7/2017.)

⁴¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁴² FRANÇA, Vladimir da Rocha. A licitação e seus princípios. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez-2006/jan-2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 28/7/2017.

a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, devendo obediência, ainda, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e os que lhes são correlatos. Em conformidade com o texto constitucional, o legislador conferiu especial ênfase ao princípio da isonomia como finalidade básica das licitações, ao lado da busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Tratava-se de redação bem semelhante ao art. 3º do anterior diploma legal que regia as licitações da União (Decreto-lei nº 2.300/86, revogado pela Lei nº 8.666/93), o qual também se referia à busca da proposta mais vantajosa e ao princípio da igualdade.

Ainda que não haja previsão constitucional específica acerca da busca da melhor proposta nas licitações, trata-se de finalidade inerente ao procedimento licitatório, a qual, de todo modo, pode colher seu fundamento constitucional no próprio princípio da eficiência da Administração (art. 37, *caput*, da CF/88). Como bem afirma Justen Filho, toda contratação administrativa envolve uma solução quanto ao uso de recursos escassos de titularidade de um sujeito administrativo, pelo que existe o dever de a Administração adotar a alternativa mais eficiente para a utilização dos recursos econômicos de sua titularidade, para que possa exercer outras atividades com os recursos remanescentes.⁴³ O princípio da licitação impõe a necessidade de a Administração recorrer a procedimentos técnicos que visem assegurar não apenas a igualdade de condições aos competidores, mas também as contratações mais vantajosas para o Poder Público, independentemente de norma específica a respeito.⁴⁴

É de ver-se, ainda, que a proposta mais vantajosa para a Administração não será necessariamente a de menor custo, mas sim a que apresente a melhor relação custo-benefício para o ente público, em face das necessidades a serem supridas. Não é por acaso que a lei se refere à proposta mais “vantajosa” e não à mais econômica. Por vezes, o menor preço pode indicar a baixa qualidade do produto ou a ausência de capacidade técnico-operacional do licitante.⁴⁵ Assim, é com base nessa finalidade que se admitem exigências de qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes, bem como a adoção de critérios de julgamento que combinam a análise de técnica e preço das propostas ou fazem prevalecer a melhor técnica como aspecto decisivo. Sem falar das próprias especificações técnicas do objeto a ser contratado, as quais já podem afastar eventuais licitantes que não tenham condições de

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 61.

⁴⁴ DALLARI, op. cit.

⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81.

cumpri-las. Por outro lado, admite-se, em regra, somente as exigências imprescindíveis à execução do objeto contratual, sob pena de ilegalidade, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressalvadas as exceções nele previstas.⁴⁶ Em relação às exigências de qualificação técnica e econômica dos licitantes, há regra constitucional no sentido de que devem se limitar àquelas indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais, sem previsão de qualquer exceção, como visto acima.

Embora a redação legal se refira à isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa como finalidades da licitação, reservando a denominação de “princípios” para os demais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlatos), parece correto afirmar que aqueles também configuram princípios da licitação. E princípios fundamentais, possuindo os demais caráter acessório e instrumental para a realização mais plena possível dos princípios que constituem as finalidades básicas da licitação.

Os princípios que regem as licitações são complementares, devendo ser concretizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada situação. Note-se que, em regra, o tratamento isonômico está diretamente relacionado à busca da proposta mais vantajosa, pois visa possibilitar a mais ampla competição possível entre os interessados em contratar com a Administração, sem favorecimentos indevidos, o que, em tese, conduz à escolha daquele licitante que tenha apresentado a melhor proposta de acordo com os critérios e especificações do edital do certame.

A Medida Provisória nº 495, de 19/7/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349, de 15/12/2010, trouxe significativas alterações na disciplina legal acerca dos princípios da licitação pública. Acrescentou, ao lado da isonomia e da busca da proposta mais vantajosa, a finalidade de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como novo

⁴⁶ Art. 3º (...) § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 28/7/2017.)

princípio básico das licitações. Assim, a partir da edição desse diploma normativo, foi legalmente consagrada a necessidade de as licitações e contratações públicas em geral atentarem também para essa finalidade, a qual se atribuiu o mesmo status legal das anteriores. Mas a lei não ficou apenas nisso. No intuito de concretizar o referido princípio, previu a possibilidade de se estabelecer uma série de preferências em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais, como se verá ao longo desse estudo, com destaque para o estabelecimento das margens de preferência nas licitações. Por ora, deve-se analisar a compatibilidade do uso da licitação com função regulatória ou de fomento com o texto constitucional.

3.2 A função regulatória e de fomento das licitações e contratações públicas: noções gerais, fundamentos constitucionais e evolução legislativa

Entende-se como função regulatória da licitação o uso desse instrumento para o alcance de finalidades distintas do tratamento igualitário entre os licitantes e da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, desde que também compatíveis com o sistema constitucional vigente. Trata-se da utilização do “poder de compra” estatal para o alcance de finalidades de interesse público estranhas à específica execução contratual, por meio da previsão de incentivos ou regras para que os agentes econômicos atuem de determinada maneira. É o caso, por exemplo, da fixação de exigências de sustentabilidade ambiental nos editais ou de margens de preferência em favor de produtos ou serviços nacionais. Para o atendimento da necessidade administrativa a ser suprida com a execução do contrato é indiferente a sustentabilidade ambiental dos produtos utilizados ou sua nacionalidade. Tais regras dizem respeito a outros valores constitucionais, como a proteção do meio ambiente e a geração de empregos no país.

Como fundamento constitucional para a função regulatória das licitações e contratos administrativos, pode-se apontar as seguintes normas constitucionais: os objetivos fundamentais da República, especialmente o de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II); os princípios da ordem econômica, em especial o da soberania nacional, livre concorrência, defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte constituídas e sediadas no país (art. 170, I, IV, VI, VIII e IX); o dever de incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação (art. 218); o dever de incentivo ao mercado interno (art. 219); e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Além, é claro, das formas de intervenção do Estado na economia, expressamente previstas no art. 174, *caput*, do texto

constitucional.⁴⁷ De modo que, em face desse arcabouço constitucional, não haveria óbice em se utilizar a licitação como instrumento de regulação e estímulo a atividades econômicas que contribuam para promover esses valores. Sem sacrificar, por outro lado, sua função precípua de atender à necessidade administrativa a ser suprida com a execução do objeto contratado.

No âmbito infraconstitucional, não é de hoje que a própria lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) contém dispositivos indicadores da busca por finalidades que vão além do mero cumprimento do objeto contratual. Merece destaque, por exemplo, a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, VI, segundo o qual é dispensável a licitação “quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento”. Em tais casos, a União “ofertará ou adquirirá bens ou serviços visando restabelecer o equilíbrio do mercado”, intervindo para “ampliar a oferta ou a procura”.⁴⁸ Configura-se clara utilização da contratação pública como instrumento regulador do mercado.

Outros casos de dispensa de licitação também permitem a utilização das contratações públicas com finalidades de regulação ou indução de atividades reputadas como de interesse público. É o que se verifica, por exemplo, nas hipóteses de fomento às contratações de instituições de ensino e pesquisa, de associações de portadores de deficiência física, de organizações sociais e de associações de catadores de materiais recicláveis (art. 24, XIII, XX, XXIV e XXVII, da Lei nº 8.666/93).

Na disciplina do procedimento licitatório, a obrigação legal de se dividir o objeto licitado “em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis” (art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93) também revela uma medida que não visa apenas a melhor contratação possível para a Administração. A divisão do objeto em lotes autônomos permite a participação de licitantes que, de outra forma, não teriam condições de formular propostas para todo o objeto. Além de privilegiar a competitividade no certame, tal medida também revela a finalidade de dificultar a dominação de mercados, com a formação de monopólios.⁴⁹ Trata-se, aqui, da função regulatória da licitação em prol do princípio constitucional da livre concorrência.

Como critério de desempate, em igualdade de condições, a lei geral assegura preferência, em caráter sucessivo, aos bens e serviços: produzidos no País; produzidos ou

⁴⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 352.

⁴⁹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. Casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e produzidos ou prestados por empresas que cumpram a reserva de cargos para pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência e que atendam às regras legais de acessibilidade (art. 3º, § 2º, II a V, da Lei nº 8.666/93).

Na legislação atinente a temas mais específicos, marco importante é a chamada lei brasileira de inovação (Lei nº 10.973/04). Em relação ao uso do poder de compra estatal como política de fomento à inovação pelo lado da demanda, o art. 20 dessa lei estabeleceu a possibilidade de o Estado realizar “encomendas tecnológicas”, que consistem na contratação de serviços de pesquisa e desenvolvimento para a solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.⁵⁰ Diz respeito, assim, à contratação pelo Estado da execução de um objeto que ainda não existe no mercado. Um maior grau de risco e incerteza é inerente a esse tipo de contratação, devido à própria natureza do processo de mudança técnica, não havendo garantia de obtenção dos resultados pretendidos. Não obstante, Rauen considera tal dispositivo um enorme avanço legal, devido à potencialidade desse tipo de intervenção estatal como instrumento de desenvolvimento tecnológico e de transformação da realidade, podendo, por exemplo, ensejar contratações para o desenvolvimento de soluções para grandes problemas nacionais, como despoluição de rios e mobilidade urbana.⁵¹ Ocorre que tal espécie de contratação, dada a complexidade e incerteza de seu próprio objeto, pode não se compatibilizar com os formalismos dos tradicionais processos licitatórios. De modo que, para viabilizar uma maior segurança jurídica na aplicação do dispositivo, a Lei nº 12.342/10 instituiu, como nova hipótese de dispensa, as contratações relativas ao art. 20 da lei de inovação (art. 24, XXXI, da Lei nº 8.666/93). O que veio a ser reforçado pela Lei nº 13.243/16, que incluiu o § 4º do referido art. 20, segundo o qual o fornecimento do produto ou processo inovador resultante da encomenda também poderá ser contratado por dispensa, inclusive com o próprio desenvolvedor, observado o disposto em regulamento.

Também merece destaque a edição da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Essa lei trouxe inovações que igualmente ampliaram o escopo das licitações e contratos administrativos, com destaque para sua função regulatória e de fomento. Com efeito, seus arts. 42 a 49 trazem

⁵⁰ Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

⁵¹ RAUEN, op. cit.

diversas regras que conferem tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas nas licitações públicas. O fundamento constitucional para esse tratamento reside diretamente no art. 170, IX, da CF/88, o qual erige como princípio da ordem econômica o tratamento favorecido para as micro e pequenas empresas nacionais. Além disso, o art. 179 determina que os entes federativos dispensem “tratamento jurídico diferenciado” às micro e pequenas empresas. Com essas novas regras, a licitação não visa mais apenas obter a contratação economicamente mais vantajosa, buscando também incentivar o crescimento de setor reputado como importante para a economia da nação.

No tocante a previsões legais de sustentabilidade ambiental nas licitações, vale fazer referência ao art. 6º, XII, da Lei nº 12.187/09 (institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima) e ao art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/10 (institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Em relação ao setor de informática, o art. 3º da Lei nº 8.248/91, na redação conferida pela Lei nº 10.176/01, estabelece preferências nas licitações federais para aquisição de bens e serviços de informática e automação.

Por fim, registre-se o disposto no art. 2º, X, da Lei nº 9.478/97, que trata da política de conteúdo local nas licitações da Petrobrás. Conforme esse dispositivo, introduzido pela Lei nº 12.351/10, compete ao Conselho Nacional de Política Energética, dentre outras atribuições, propor medidas destinadas a “induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção”.

A legitimidade do uso da licitação como instrumento de regulação da economia é reconhecida por grande parte da doutrina especializada nacional. A título exemplificativo, seguem algumas manifestações representativas do tratamento do tema na literatura jurídica.

Em artigo publicado ainda em 2009 (portanto, antes da inclusão da nova finalidade legal das licitações), Luciano Ferraz já afirmava, a partir de uma leitura constitucionalizada da licitação, que ela pode servir para a regulação do mercado, a fim de torná-lo mais livre e competitivo, bem como para indução de determinadas práticas passíveis de gerar resultados benéficos para a sociedade em geral.⁵²

Em obra também anterior à Lei nº 12.349/10, Garcia se referia à função regulatória da licitação, ao tratar dos benefícios a micro e pequenas empresas nas compras públicas, previstos na Lei Complementar nº 123/06. Registrava que isso não era novidade no direito

⁵² FERRAZ, Luciano, op. cit.

brasileiro, apontando diversas regras da Lei nº 8.666/93 que já permitiam o uso das contratações públicas para o atendimento de outros valores constitucionais.⁵³

Justen Filho e Jordão aduzem que o contrato administrativo não é um meio utilizado exclusivamente para a satisfação das necessidades diretas e imediatas da Administração, sendo cada vez mais frequente que o Estado adote a técnica contratual para promover intervenções no domínio econômico. Utilizam a expressão “contrato de fomento” para se referir aos ajustes que possuam preponderante dimensão político-regulatória, com o objetivo de fomentar atividades de interesse público e “induzir comportamentos socialmente benéficos”. Seria a utilização do contrato administrativo como instrumento de intervenção no domínio econômico, para regular as potenciais externalidades advindas da contratação.⁵⁴

Oliveira reconhece que a licitação não se presta apenas para que se realize a contratação de bens e serviços ao menor custo possível, mas tem espectro mais abrangente, podendo servir como instrumento para o atendimento de outras finalidades públicas consagradas constitucionalmente. Dentre essas finalidades, destaca a proteção do meio ambiente, o tratamento privilegiado a micro e pequenas empresas e o fomento ao desenvolvimento tecnológico no país.⁵⁵

Acocella e Rangel registram o grande potencial das compras públicas em mobilizar diversos setores da economia nacional, em face do significativo volume de recursos envolvidos. Podem, assim, induzir o mercado a se adequar às exigências e benefícios inseridos nos processos licitatórios, gerando transformações em cadeia ao longo de todo o processo produtivo de determinados setores. Sem perder de vista a necessidade de ponderação proporcional com os princípios fundamentais da isonomia e da busca da melhor proposta.⁵⁶

⁵³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. Casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73-75.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. JORDÃO, Eduardo. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014> - MARÇAL JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>. Acesso em: 17/11/2015.

⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Função Regulatória das Licitações e o Desenvolvimento Nacional Sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-RAFAEL-CARVALHO-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 7/8/2017.

⁵⁶ ACOCELLA, Jéssica e RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. **Revista do BNDES**, nº 40, dezembro 2013, p. 269-312. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf>. Acesso em: 8/8/2017.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já houve manifestação reconhecendo a função regulatória e de fomento das licitações e contratações públicas. Trata-se do voto-vista do Ministro Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, no qual se discutia a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, que dispõe sobre as organizações sociais. Ao discorrer sobre a dispensa de licitação para a contratação de tais entidades (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93), aduziu que a norma não seria inconstitucional, tendo por finalidade o 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”. A previsão dessa hipótese de contratação direta teria por objetivo fomentar a atuação das organizações sociais colaboradoras do Poder Público na prestação de serviços sociais. A própria finalidade de fomento legitimaria a dispensa, “como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação”, no intuito de atingir a finalidade constitucional de prestação eficiente dos serviços sociais. Como exemplo de tal finalidade, referiu-se, ainda, a outras hipóteses de dispensa e aos benefícios conferidos às microempresas nas licitações pela Lei Complementar nº 123/06.⁵⁷

Assim, o pleno do STF reconheceu expressamente a legitimidade da utilização do poder de compra estatal para o alcance de finalidades constitucionais que podem ir além do mero respeito à isonomia formal e da busca da proposta economicamente mais vantajosa. De todo modo, merece destaque aspecto que foi registrado no voto condutor do acórdão, no sentido de que a finalidade de fomento da contratação se justifica mediante a adoção de um critério razoável de discriminação de tratamento; compatível, portanto, com o princípio da igualdade em sua acepção material. Necessário, portanto, analisar a questão da compatibilidade da função regulatória da licitação com o princípio constitucional da isonomia, o que também será objeto do presente estudo.

3.3 A promoção do desenvolvimento nacional sustentável como nova finalidade legal das licitações públicas

O processo de progressivo reconhecimento do caráter regulatório e de fomento das licitações e contratações públicas veio culminar com a edição da Lei nº 12.349, de 15/12/2010, resultado de conversão em lei da Medida Provisória nº 495, de 19/7/2010. A

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1923/DF**. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento: 16/4/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8/8/2017.

chamada “lei do poder de compra”⁵⁸ inseriu, no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como finalidade expressa das licitações, ao lado das clássicas finalidades de respeito à isonomia e busca da proposta mais vantajosa. A partir de sua edição, portanto, pode-se afirmar, com fundamento direto na própria Lei nº 8.666/93, que são finalidades da licitação pública “a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Assim, de acordo com a própria dicção legal, a nova finalidade de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” se encontra no mesmo patamar normativo das clássicas finalidades de há muito já reconhecidas. Além disso, a fim de dar concreção à nova finalidade legal, previu-se a possibilidade de se estabelecer preferências a produtos manufaturados e serviços nacionais ou originários do Mercosul (§§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93).

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/10⁵⁹ enunciou diversas justificativas para as modificações empreendidas na Lei nº 8.666/93. Nesse documento, a Presidência da República sustentou a necessidade de agregar ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras sobre o papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, visando o fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Apontou-se como especialmente relevante a instituição de incentivos à pesquisa e inovação, devido a seu efeito indutor do desenvolvimento.

Fez referência a várias experiências internacionais nas quais o poder de compra do Estado tem sido orientado para estimular a produção doméstica de bens e serviços. Apontou como exemplos, nos Estados Unidos, o *Buy American Act*, em vigor desde 1933, e o *American Recovery and Reinvestment Act*, implementado em 2009. Na China, a Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estabelece preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na Colômbia, a Lei nº 816 de 2003, que instituiu margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, no intuito de apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. E na Argentina, a Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, que também outorga preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.317/13 - Plenário**. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Sessão: 29/5/2013 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 4/5/2017.

⁵⁹ BRASIL. Presidência da República. **E.M.I. Nº 104/MP/MF/MEC/MCT**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 1/8/2017.

Sobre a possibilidade do estabelecimento de margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras em até 25% acima dos preços dos bens e serviços estrangeiros, o Executivo aduziu tratar-se de diretriz de política pública que se coaduna com o princípio isonômico. Visa assegurar, com base na proporcionalidade e razoabilidade, um adequado equilíbrio concorrencial nos certames, de modo a permitir condições mais equânimes entre produtos e serviços nacionais e estrangeiros. Além disso, teria havido a devida preocupação com o cumprimento de normas técnicas de qualidade, de modo que os bens e serviços locais tenham a necessária equivalência com alternativas disponíveis em outros países.

Em seguida, apontou como objetivo final perseguido a obtenção de efeito multiplicador na economia, mediante “aumento da demanda agregada, estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda, incentivo à competição entre empresas domésticas”, especialmente quanto a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

A urgência das medidas foi justificada em razão da necessidade de ações tempestivas para a promoção da indústria e do setor de serviços brasileiros, de modo a incentivá-los a aprimorar a qualidade dos produtos e serviços ofertados, tendo em vista a rápida deterioração da balança comercial e a atuação agressiva de alguns países que, devido ao enfraquecimento dos mercados internos, têm buscado espaço nos mercados internacionais. Além disso, a exposição de motivos aduz que vários países adotam práticas semelhantes, que teriam sido reforçadas em razão da crise internacional, deixando os produtos brasileiros em desvantagem nas compras governamentais dessas nações. Registra que os setores da indústria e serviços representam mais de 80% do PIB nacional e o consumo do governo pode ter impacto significativo, em face do montante de recursos públicos alocado às aquisições governamentais de bens e serviços.

Acerca do potencial de fomento econômico das compras públicas, o Executivo fez referência ao volume das compras do setor público em 2009. No período de janeiro a dezembro daquele ano, somente as licitações realizadas no âmbito federal totalizaram o montante de R\$ 57,6 bilhões. Em 2016, conforme consulta ao painel de compras do Governo Federal⁶⁰, o valor total dos processos de compras (incluindo dispensas e inexigibilidades de licitação) realizados nesse ano totalizou R\$ 51,02 bilhões.

⁶⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento. **Painel de Compras**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>>. Acesso em: 9/8/2017.

Percebe-se, assim, a clara intenção de se consagrar a função regulatória e de fomento das compras públicas, mediante a positivação expressa da nova finalidade legal de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, ao lado da isonomia e da busca da melhor proposta. Considerou-se, inclusive, a adoção de medidas similares em outros países. Nesse passo, é curioso notar que a redação original da MP se referia apenas à “promoção do desenvolvimento nacional”, tendo a qualificação de sustentável sido incluída ao longo das discussões do texto no Congresso Nacional, o que agregou ao termo uma importante dimensão ambiental.

Essa nova concepção das licitações e contratos como instrumentos de regulação e fomento também foi incorporada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A lei do RDC inclui, dentre os objetivos do regime diferenciado, o incentivo à inovação tecnológica e também consagra o desenvolvimento nacional sustentável como princípio de suas licitações e contratos (arts. 1º, § 1º, III, e 3º da Lei nº 12.462/11). Além disso, dispõe expressamente que “as preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras previstos na legislação”, em especial nos arts. 3º das Leis nº 8.248/91 e 8.666/93 e nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/06, aplicam-se aos processos de contratação abrangidos pelo RDC.

O suporte constitucional para a inclusão desse novo princípio básico das licitações se encontra, essencialmente, nas mesmas normas já referidas quando se abordou a função regulatória da licitação em linhas gerais. Para evitar repetições desnecessárias, basta fazer referência, de forma mais específica, ao objetivo fundamental da República de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II) e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Justen Filho⁶¹ critica a redação legal, no sentido de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não seria finalidade da licitação, mas sim do contrato, pois a licitação é mero procedimento seletivo de propostas, não sendo hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional. Em razão disso, sustenta que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não se trata, a rigor, de uma nova finalidade das licitações, mas sim de uma nova dimensão da vantagem a ser buscada no procedimento licitatório. A seleção da proposta mais vantajosa não deve mais considerar apenas aspectos relacionados ao preço ou à técnica de melhor execução do objeto, mas também à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O autor distingue, ainda, as finalidades

⁶¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 62-63, 65.

microeconômicas e macroeconômicas das contratações públicas. Sob o enfoque microeconômico, as contratações se destinam a assegurar a satisfação das necessidades estatais com a maior eficiência possível. Busca-se obter a maior vantagem, representada pela obtenção da prestação mais adequada mediante o menor desembolso possível. Já sob o prisma macroeconômico, as contratações públicas são vistas como “instrumento para promover o desenvolvimento nacional sustentável”, servindo como meio “para fomentar e assegurar o emprego da mão-de-obra brasileira e o progresso da indústria nacional”, sem descuidar da necessária preservação do equilíbrio ambiental.

É a mesma posição de Moreira e Guimarães⁶², para quem a noção de proposta mais vantajosa agora também deve englobar o dever de promoção do desenvolvimento sustentável. A partir da modificação legislativa, a vantagem da proposta tem de ser aferida de modo interno e externo à futura contratação, sob a perspectiva tradicional dos benefícios econômico-financeiros do contrato (objetivo imediato da licitação) e sob o ângulo dos benefícios que possa trazer para o desenvolvimento da nação (objetivo mediato da licitação).

Também comungam desse entendimento Acocella e Rangel.⁶³ Afirmam essas autoras que, com a alteração legal, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública deixa de ser a que demonstre a melhor relação custo-benefício pelo aspecto estritamente financeiro, passando a ser aquela que também possa propiciar benefícios sociais, ambientais e econômicos para o país.

Discorda-se desses autores quanto à inclusão da promoção do desenvolvimento apenas como uma nova dimensão da proposta mais vantajosa. Mais uma vez, uma interpretação jurídica não deve se descolar totalmente do texto da norma. Quando a Lei nº 8.666/93 se refere ao objetivo de “seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”, o faz tendo em vista a proposta cujas características sejam as mais adequadas ao regular cumprimento do objeto específico da contratação, de acordo com os critérios legais de seleção das propostas. E tais critérios são aqueles previstos em seu art. 45, § 1º (menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance). São essas as características a serem consideradas para definição da proposta mais vantajosa, a depender do tipo de licitação. E não algum outro critério relativo ao objeto mediato de promoção do desenvolvimento. Além disso, o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, veda expressamente a inclusão nos editais de cláusulas que sejam impertinentes ou irrelevantes “para o específico objeto do contrato”, ressaltando apenas as

⁶² MOREIRA e GUIMARÃES, op. cit., p. 83-84.

⁶³ ACOCELLA e RANGEL, op. cit., p. 281-282.

preferências que dizem respeito à finalidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, contidas nos §§ 5º a 12 do mesmo artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248/91.

Assim, em uma licitação do tipo menor preço, na qual o fornecedor de produto manufaturado nacional tenha logrado êxito em razão da margem de preferência aplicável, apesar de ter apresentado preço superior ao de produto similar estrangeiro, a proposta mais vantajosa para cumprimento do objeto específico do contrato seria a de menor preço (produto estrangeiro). A qual, no entanto, foi preterida no caso específico em prol do princípio de promoção do desenvolvimento nacional sustentável. De modo que o legislador incluiu a promoção do desenvolvimento como nova finalidade das licitações, ao lado da isonomia e da busca da melhor proposta, porque efetivamente se trata de um novo princípio. Princípio que autoriza o estabelecimento de distinções e preferências entre os licitantes que vão além da busca da melhor proposta segundo aspectos econômicos e técnicos relativos ao objeto imediato da contratação. E que não se confunde com o de seleção da proposta mais vantajosa.

Além disso, não se pode desconsiderar que a própria previsão editalícia de cláusulas atinentes à promoção do desenvolvimento sustentável já pode, por si só, gerar incentivos para que os interessados ajustem sua conduta às finalidades de interesse público perseguidas. Por exemplo, a generalização de exigências de sustentabilidade ambiental nos editais pode fazer com que os fornecedores realizem as adequações necessárias em sua produção, a fim de viabilizar sua participação no mercado das compras governamentais. Igualmente, o estabelecimento de margens de preferência para produtos nacionais de determinado setor da indústria pode gerar incentivos para o incremento da produção industrial pertinente. Assim, os efeitos esperados já podem se fazer presentes antes mesmo e independentemente da contratação efetiva. Embora seja forçoso reconhecer que o efeito indutor mais significativo decorre mesmo da execução contratual. Mas isso não parece suficiente para negar à promoção do desenvolvimento nacional sustentável o caráter de finalidade também das licitações públicas e não só dos contratos administrativos.

3.4 O conceito de desenvolvimento nacional sustentável

Mas em que consistiria essa nova finalidade de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”? Inicialmente, é de ver-se que o desenvolvimento não se esgota no mero crescimento econômico. Com suporte na teoria econômica, o crescimento econômico pode ser definido como o aumento da renda nacional *per capita*, consistente na disponibilização à coletividade de “uma quantidade de mercadorias e serviços que supere o crescimento

populacional”. Embora a elevação da renda *per capita* seja um razoável indicador para medir a melhoria do padrão de vida da população, não é suficiente. Daí a importância do conceito mais qualitativo de desenvolvimento econômico, o qual inclui alterações na composição do produto da economia e a alocação dos recursos pelos diferentes setores, a fim de “melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social”, como pobreza, desemprego, desigualdade, saúde, educação, etc.⁶⁴ Mas mesmo esse sentido mais qualitativo de desenvolvimento não abrange o caráter da sustentabilidade.

Em relação ao conceito de desenvolvimento sustentável, é oportuno fazer referência ao relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU (Relatório Brundtland)⁶⁵, tido como primeiro documento oficial a trazer esse conceito para o debate público. De acordo com o Relatório Brundtland, publicado em 1987, o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que “vai ao encontro das necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”. Afirma, ainda, que “o desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos” e que “no mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos”. Por fim, aduz que “o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional são realizados em harmonia com as necessidades presentes e futuras”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente o desenvolvimento sustentável como princípio da ordem constitucional, resultante da interpretação conjunta do objetivo republicano de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II, da CF/88) e do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” das presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/88). De acordo com a ementa desse julgado, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável possui “caráter eminentemente constitucional”, além de encontrar suporte em compromissos internacionais assumidos pelo

⁶⁴ VASCONCELLOS e GARCIA, op. cit., p. 110, 276.

⁶⁵ ONU. *Our common future*. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> >. Acesso em: 9/8/2017.

Estado brasileiro e representar o “justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”.⁶⁶

Em razão do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável (art. 3º, II, c/c art. 225 da CF/88), portanto, o Estado brasileiro deve atuar no sentido de promover o desenvolvimento econômico-social da nação, incluindo crescimento econômico e melhoria das condições sociais da coletividade, com respeito à preservação do meio ambiente, para o atendimento às necessidades das presentes e futuras gerações. Como afirma Ferreira, o desenvolvimento deve ser “triplamente sustentável – no viés econômico, social e ambiental – ou não é desenvolvimento”.⁶⁷

Como parte do sistema constitucional, o princípio do desenvolvimento sustentável não pode ser interpretado de forma isolada, mas em harmonia com os demais princípios constitucionais, como a livre iniciativa, a livre concorrência, etc. Eventuais conflitos entre eles devem ser resolvidos com base em critérios de proporcionalidade, sem o sacrifício total de qualquer dos princípios em jogo.

Assim, o acréscimo do desenvolvimento nacional sustentável como princípio básico das licitações públicas significa dizer que os certames licitatórios passam a ter como finalidade adicional expressa a promoção do desenvolvimento econômico-social em sua acepção mais abrangente, incluindo aspectos atinentes ao crescimento econômico, melhoria dos indicadores sociais e respeito ao meio ambiente. A partir da inovação legislativa, as licitações e os contratos públicos se convertem definitivamente em instrumentos passíveis de utilização para o fomento de atividades econômicas privadas de interesse público, a fim de dar concreção ao desenvolvimento nacional sustentável, com respeito aos demais princípios legais e constitucionais.

No intuito de regulamentar o disposto no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações públicas no âmbito da União, o Poder Executivo editou o Decreto nº 7.746, de 5/6/2012. Tal diploma trata essencialmente de critérios e requisitos de sustentabilidade para as contratações públicas. Seu foco é, portanto, a dimensão ecológica do conceito de “desenvolvimento nacional sustentável”. Aspecto que não será objeto de análise específica no presente estudo, o qual se

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3540 MC/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 1/9/2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9/8/2017.

⁶⁷ FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52.

limita à dimensão econômico-social do tema, especialmente em relação às margens de preferência e restrições a produtos e serviços estrangeiros.

3.5 O estabelecimento de margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais

Em relação ao que interessa mais de perto ao objeto da dissertação, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 passou a prever a possibilidade de se estabelecer, nos processos de licitação, margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (§ 5º, I). De acordo com o § 6º do mesmo artigo, essas margens de preferência devem ser estabelecidas com base em estudos técnicos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em conta os efeitos na geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, custo adicional dos produtos e serviços e análise retrospectiva de resultados alcançados.

Previu-se também a possibilidade de fixação de uma margem de preferência adicional para produtos manufaturados e serviços nacionais “resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País” (§ 7º). Essa margem adicional configura, de forma mais específica, uma medida de estímulo à inovação pelo lado da demanda. As margens de preferência (normal e adicional) devem ser definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo sua soma ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros (§ 8º). Por óbvio, nos termos dos incisos do § 9º, as margens não se aplicam quando a capacidade de produção ou prestação do mercado doméstico for inferior à quantidade demandada ou ao quantitativo mínimo passível de ser cotado nas aquisições de bens de natureza divisível (§ 7º do art. 23). Já o § 10 prevê a possibilidade de extensão da margem de preferência normal aos bens e serviços originários do Mercosul.

Em medida consentânea com o princípio da publicidade, o § 13 do art. 3º prevê a obrigatoriedade de divulgação na internet, a cada exercício financeiro, da relação de empresas que tenham sido beneficiadas pelas novas regras, com a indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

Em relação a outras preferências legais, o § 14 determina que as preferências definidas no art. 3º e demais normas de licitação devem seguir observando o tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas, na forma da lei. Por outro lado, as preferências do art. 3º da Lei nº 8.666/93 devem prevalecer sobre as demais preferências legais quando estas se apliquem a produtos ou serviços estrangeiros.

A nova lei também realizou importante alteração no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, de modo a permitir expressamente o tratamento discriminatório com base nas preferências e restrições acima indicadas, ainda que sejam irrelevantes para a execução do objeto contratado. Finalmente, foram acrescentados os incisos XVII, XVIII e XIX ao art. 6º da Lei nº 8.666/93, de modo a definir o que seriam “produtos manufaturados nacionais”, “serviços nacionais” e “sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos”, para fins de orientar a aplicação das margens de preferência e restrições introduzidas pela Lei nº 12.349/10. Em relação ao que interessa mais de perto ao presente estudo, a lei define produtos manufaturados nacionais como aqueles produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal; e serviços nacionais são aqueles prestados no país, nas condições estabelecidas também pelo Poder Executivo (art. 6º, XVII e XVIII).

No intuito de regulamentar as margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, bem como as medidas de compensação e de acesso a condições de financiamento previstas nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, o Poder Executivo editou o Decreto nº 7.546, de 2/8/2011⁶⁸.

Esse regulamento conferiu uma maior especificação aos conceitos legais. O art. 2º, IV, traz a definição de produto manufaturado nacional. É aquele submetido a qualquer processo que modifique sua natureza, de seus insumos, sua finalidade ou o aperfeiçoe para consumo, produzido no território nacional conforme o processo produtivo básico (Leis nº 8.387/91 e 8.248/91) ou de acordo com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo, observando-se como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul. Serviço nacional é o prestado no país, “nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviços” (art. 2º, V). De seu turno, produto manufaturado e serviço estrangeiro é todo aquele que não se enquadre nas definições estabelecidas para os similares nacionais (art. 2º, VI). Normas técnicas brasileiras, conforme inciso VII do mesmo artigo, são aquelas produzidas pelos órgãos oficiais competentes, a exemplo da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e outras entidades indicadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO).

⁶⁸ 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/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7546.htm>. Acesso em: 6/9/2017.

De acordo com a definição contida no art. 7º, § 8º, “b”, do Decreto-lei nº 288/67, na redação conferida pela Lei nº 8.387/91, Processo Produtivo Básico (PPB) “é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto”. Conforme informações disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, os PPB’s para determinados produtos são estabelecidos por portarias interministeriais do Governo Federal. Tratam-se das etapas fabris mínimas que as empresas devem cumprir na fabricação dos produtos para que possam usufruir de incentivos legais diversos.⁶⁹ Para fins do presente estudo, importa destacar que o cumprimento do processo produtivo básico é um dos requisitos alternativos para que o produto manufaturado nacional possa se beneficiar de margem de preferência eventualmente estabelecida para as compras públicas. O outro é a observância das regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo.

Nos termos do art. 8º, § 6º, do Decreto nº 7.546/11, o regime de origem dos produtos manufaturados nacionais, para efeito de aplicação das margens de preferência, deve ser definido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, após proposta da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP). A Portaria nº 279/2011 do Ministério dispõe sobre os requisitos de origem necessários para que o produto manufaturado nacional possa se beneficiar das margens de preferência nas compras públicas. Nesse passo, cumpre apenas esclarecer que, nos termos legais, o produto manufaturado passível de se beneficiar das margens de preferência é aquele produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem. Não se tratam de requisitos cumulativos, portanto, mas sim alternativos.

Em relação à margem adicional para produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no Brasil (§ 7º do art. 3º da Lei nº 8.666/93), o Decreto nº 7.546/11 dispõe que compete aos Ministérios da Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior estabelecer “os requisitos e critérios para verificação dos produtos e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país”, também após proposição da Comissão Interministerial de Compras Públicas. Tais requisitos foram estabelecidos pela Portaria Interministerial MCTI/MDIC nº 383, de 26/4/2013.

⁶⁹ BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **O que é Processo Produtivo Básico?** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/competitividade-industrial/ppb/o-que-e-ppb>>. Acesso em: 21/8/2017.

Outro ponto importante é a necessidade de estudos técnicos acerca das eventuais externalidades positivas que possam ser razoavelmente esperadas em decorrência da instituição de margens de preferência nas contratações públicas para determinado produto ou serviço nacional, nos termos do § 6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. De acordo com o decreto regulamentador, tais estudos devem ser elaborados com base em informações oficiais, mediante a utilização de “métodos de reconhecida confiabilidade técnica”, podendo ser utilizadas informações complementares de outras fontes, “de reconhecida idoneidade e especialização técnica” (art. 8º, § 2º).

O decreto instituiu a Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), que possui, dentre suas atribuições, a de propor e acompanhar a aplicação de margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais (art. 7º, § único). Com essa finalidade, compete a esse órgão: propor as margens de preferência normais e adicionais; analisar os estudos que subsidiem “a definição e a implementação das margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços”; promover “avaliações de impacto econômico”, para avaliar os efeitos da política de margem de preferência sobre o desenvolvimento nacional; acompanhar e avaliar a evolução e implantação das margens de preferência nos processos de compras públicas; propor as normas técnicas aplicáveis aos produtos e serviços beneficiados com as margens de preferência (art. 8º, I, “a”, II, III, IV e V). A CI-CP deve ser integrada pelos Ministros da Fazenda (presidente), do Planejamento, da Indústria e Comércio Exterior, da Ciência e Tecnologia e das Relações Exteriores (art. 9º, I a V). A função de Secretaria-Executiva da CI-CP é exercida pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (art. 9º, § 9º).

Em seu art. 3º, o decreto previu a necessidade de regulamentos específicos para se estabelecer as margens de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais. Em obediência a esse dispositivo, foram editados vários decretos estabelecendo margens de preferência para os mais diversos produtos e serviços nacionais.

Em 15/12/2015, data de apresentação do relatório final referente à “Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais”, elaborado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, havia 16 (dezesseis) decretos de margens de preferência vigentes, conforme informado no estudo, abrangendo desde calçados até aeronaves executivas. Quinze deles possuíam prazo de vigência até 31/12/2015 e um deles até 30/6/2017 (Decreto nº 7.767/12). Por meio do Decreto nº 8.626, de 30/12/2015, os quinze decretos cuja vigência se encerraria tiveram seu prazo prorrogado até 31/12/2016. Contudo, em consulta ao *site* de legislação da Presidência da República, não se localizou nenhum

decreto em 2016 ou 2017 que tenha realizado nova prorrogação ou estabelecido nova margem de preferência para produtos ou serviços nacionais. O que revela um aparente abandono dessa política pública por parte do Governo Federal.

Apesar disso, a previsão legal acerca da possibilidade de instituição das margens de preferência por decreto do Executivo continua vigente, permanecendo como opção de política pública passível de ser adotada pelo governo. É oportuno registrar, ainda, que essa previsão, ao menos até o momento (dezembro/2017), também permanece no projeto de lei que visa instituir nova lei geral de licitações, em substituição à Lei nº 8.666/93. Com efeito, o art. 23 do Projeto de Lei nº 6814/2017 mantém inalteradas as normas atualmente contidas nos parágrafos do art. 3º da Lei nº 8.666/93, acerca da possibilidade de instituição de preferências em favor de bens manufaturados e serviços nacionais. Também figura, como objetivo do processo licitatório, o incentivo à inovação tecnológica e ao desenvolvimento sócio-econômico, ao lado da busca da proposta mais vantajosa e da justa competição entre os licitantes (art. 9º). O referido projeto de lei, oriundo do Senado, já foi aprovado naquela casa legislativa, encontrando-se atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.⁷⁰ Assim, até o momento da elaboração desta dissertação, a função regulatória e de fomento das licitações públicas permanece reconhecida, não apenas na lei atualmente vigente, mas também no projeto da nova lei de licitações e contratos. Inclusive com a manutenção da possibilidade de instituição das margens de preferência.

4 LIMITES LEGAIS AO USO DA LICITAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Questão importante a ser abordada é se o uso da licitação com função regulatória e de fomento, especialmente quanto à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, estaria permitido apenas nas hipóteses expressamente autorizadas em lei ou se a Administração poderia adotar outras medidas com fundamento nos princípios constitucionais aplicáveis. Nesse passo, é oportuno tecer algumas considerações sobre o conteúdo do princípio da legalidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Passando-se, em seguida, para a análise mais específica sobre quais medidas podem ser adotadas nas licitações com o objetivo de concretizar a nova finalidade de promoção do desenvolvimento.

⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 1/8/2017.

4.1 O princípio da legalidade administrativa

De acordo com o princípio geral da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/88). Vale dizer, a atuação dos cidadãos é, em princípio, livre, salvo naquilo em que contrariar alguma determinação legal ou constitucional. Como se costuma afirmar, é lícito ao particular fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

A Administração Pública, por óbvio, também se vincula à legalidade, sendo um dos princípios básicos a que deve obediência, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República. Essa vinculação da Administração à legalidade, contudo, se dá de forma mais intensa, de modo que toda atuação administrativa deve estar necessariamente calcada em alguma fundamentação legal ou constitucional.

De acordo com a concepção mais tradicional do princípio da legalidade administrativa, a Administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Atualmente, essa concepção restrita da legalidade administrativa, como subordinação exclusiva ao que estiver autorizado na lei, vem perdendo espaço para uma noção mais ampla, no sentido de “submissão ao sistema jurídico em sua integralidade”.⁷¹ Seria uma submissão não apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, ao “bloco de legalidade”.

Para a Administração Pública, o princípio da legalidade pode ser vislumbrado sob a ótica da primazia da lei e da reserva legal. Pela primazia (ou prevalência, supremacia), os atos administrativos não podem contrariar a lei, enquanto pela reserva legal, a regulamentação pertinente deve ser estabelecida em lei. Conforme a concepção mais atual, como visto, essa primazia legal compreende não apenas a lei em sentido formal, mas todo o “conjunto das regras e princípios de direito que vinculam a ação administrativa” e se aplica a todos os ramos do direito.⁷² Já a reserva legal ocorre apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição. Nas situações onde a Constituição não previu a indispensabilidade de lei, não há

⁷¹ NOBRE JR., Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, p. 202-220, 2009.

⁷² MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Princípio da Legalidade Tributária. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, p. 283-298, 2009.

óbice à atuação estatal de modo diverso, sempre com respeito ao interesse público e aos princípios constitucionais.⁷³

Note-se que mesmo essa concepção atual da legalidade administrativa como vinculação ao bloco de legalidade não dispensa, por óbvio, a obediência à lei em sentido estrito. Evidentemente, a lei infraconstitucional também integra esse bloco e deve ser observada por seus destinatários, salvo em caso de vício de inconstitucionalidade. Assim, a noção de juridicidade, como vinculação do Poder Público ao sistema jurídico como um todo, possui maior utilidade em situações de lacuna legal, quando não haja uma disciplina legal válida a reger determinada atuação da Administração. Mas não autoriza o simples descumprimento de uma lei (válida) a pretexto de concretizar algum princípio constitucional em determinado caso concreto.

Não obstante, alguns autores chegam a admitir, ainda que excepcionalmente, a atuação administrativa *contra legem* mesmo no caso de leis válidas, mediante uma ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais. Para Binenbojm⁷⁴, por exemplo, a atividade administrativa continua a se realizar, via de regra, segundo a lei (*secundum legem*), quando esta for constitucional; mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente da lei (*praeter legem*); ou mesmo contrariar uma lei constitucional vigente e aplicável, por meio da referida ponderação.

Em relação ao tema da ponderação de princípios com base no postulado da proporcionalidade, Neves alerta para o risco de se desenvolver uma ponderação *ad hoc*, dependente dos interesses concretos envolvidos em cada caso, “sob o manto retórico dos princípios”. De modo que essa invocação retórica dos princípios para a solução de todos os problemas constitucionais, seja pela absolutização de princípios ou por uma ponderação compulsiva, além de simplificadora, pode encobrir práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à constitucionalidade e levar à erosão da força normativa da Constituição.⁷⁵

Risco que parece ser ainda maior quando se envolve na ponderação o princípio da legalidade. Nesse passo, não se pode olvidar da legitimação democrática como aspecto inerente à legalidade em sentido estrito, tendo em vista o processo legislativo público e formal a que a lei é submetida no âmbito do parlamento (democraticamente eleito), antes de sua

⁷³ NOBRE JR., op. cit.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 196.

aprovação final e entrada em vigor. O que não ocorre com os atos e regulamentos administrativos, produzidos no âmbito interno da Administração Pública. O próprio princípio da separação de poderes impõe a prevalência da lei sobre os atos administrativos, quando editada em conformidade com o sistema constitucional vigente. Como afirma Cavalcanti⁷⁶, a legalidade seria, assim, um dos pilares da idéia de separação de funções, para evitar que os poderes mais frágeis e desarmados (Legislativo e Judiciário) venham a sucumbir ante a força do Executivo.

Sobre a necessária contenção dos agentes públicos em face da legalidade, Barroso aponta como parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes: preferência pela lei, onde houver ocorrido manifestação inequívoca e válida do legislador, devendo o Judiciário se abster de optar por solução diversa que lhe pareça mais conveniente; e preferência pela regra que tenha sido editada de forma válida, descritiva da conduta a ser seguida, a qual deve prevalecer sobre princípios mais gerais de igual hierarquia normativa. Na linha do até aqui exposto, sustenta que os juízes não têm autorização para se sobrepor ao legislador, a menos em situações de inconstitucionalidade. “Havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer”, pois a preferência da lei concretiza os princípios da separação de poderes, segurança jurídica e isonomia.⁷⁷

Não se pode perder de vista que há um espaço legítimo atribuído ao legislador para ponderar os princípios constitucionais incidentes sobre determinada situação sujeita a disciplina legal específica, editada mediante regular processo legislativo formal. Após concluída a deliberação legislativa sobre o tema e editado o diploma legal correspondente, desde que formal e materialmente constitucional, não cabe ao Executivo ou mesmo ao Judiciário atuar em contrariedade à lei, sob o argumento de uma eventual prevalência de algum princípio constitucional sobre a legalidade no caso concreto.

Por certo, isso não impede a legítima atividade de interpretação das leis, inclusive com o uso de técnicas como a interpretação conforme à Constituição, afastando-se leituras incompatíveis com o texto constitucional. Ou mesmo a convalidação de atos administrativos originalmente ilegais, por meio da correção de vícios sanáveis ou decurso do prazo

⁷⁶ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A Reserva da Densificação Normativa da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 221-234, 2009.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-64, 2008.

decadencial legalmente previsto para sua invalidação (art. 54 da Lei nº 9.784/99). O que é bem diferente de utilizar a técnica da ponderação para simplesmente afastar o próprio princípio da legalidade. Essa relativização excessiva da legalidade pode levar a situações de grave insegurança jurídica, com a invasão (esta sim inconstitucional) das atribuições do Legislativo pelos demais poderes, em ofensa ao princípio da separação de funções, uma das bases do regime democrático.

4.2 O posicionamento do TCU sobre os limites legais ao uso da licitação como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável

No que diz respeito mais de perto ao objeto do presente estudo, deve-se analisar se a promoção do desenvolvimento nacional sustentável possibilitaria, por si só, a adoção na licitação de outras medidas discriminatórias além daquelas expressamente previstas nos parágrafos acrescidos ao art. 3º da Lei nº 8.666/93. O fato de a promoção do desenvolvimento nacional sustentável ter sido prevista como novo princípio básico das licitações autorizaria a previsão nos editais licitatórios de outras medidas para o alcance dessa finalidade, além daquelas expressamente previstas em lei? O interesse em relação a esse ponto não é meramente acadêmico, já tendo havido manifestações do TCU a esse respeito. Especialmente quando da análise de caso concreto envolvendo licitação promovida pela União, na qual a nacionalidade brasileira do produto foi prevista não como requisito para o licitante se beneficiar da margem de preferência aplicável, mas sim como condição de participação no certame, vedando-se a participação de produto estrangeiro.

Conforme dispõe o art. 71 da Carta Magna, o Tribunal de Contas da União constitui órgão auxiliar para o exercício do controle externo a cargo do Congresso Nacional. Não obstante essa qualificação de auxiliar, o mesmo artigo confere ao TCU amplas atribuições para o exercício do controle externo da Administração Pública, como julgar as contas dos administradores e responsáveis por recursos públicos, realizar auditorias por iniciativa própria e de outros entes, fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União a outros entes federativos, determinar a adoção de providências para a correção de ilegalidades, sustar atos administrativos ilegais se não atendidas suas determinações, aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por despesas ilegais ou contas irregulares, dentre outras.

Diante desse amplo rol de atribuições, os precedentes da referida corte possuem inegável importância em matérias relativas ao controle da Administração, inclusive no tocante a licitações e contratos administrativos, servindo de guia para gestores, assessorias jurídicas e demais órgãos de controle interno e externo, a exemplo de controladorias e tribunais de contas

estaduais. Além disso, no que diz respeito ao tema em análise no presente trabalho, é escassa a jurisprudência existente no âmbito do Poder Judiciário. Ao menos até o momento de elaboração deste estudo (dezembro/2017), ainda não há manifestação dos tribunais superiores (STF e STJ) a respeito, conforme consultas realizadas em seus *sites* oficiais de jurisprudência. Para quem atua na área de licitações e contratos, isso não causa estranhamento. Via de regra, a jurisprudência mais diversificada e especializada nessa matéria é encontrada nas cortes de contas, notadamente no TCU.

O efetivo alcance das alterações promovidas pela Lei nº 12.349/10 já foi objeto de análise pelo TCU em diversas ocasiões. Em consulta ao banco de dados da jurisprudência em seu sítio eletrônico, realizada em 6/12/2017, verifica-se a existência de 25 acórdãos com referência aos termos “desenvolvimento nacional sustentável” e “12.349”. Dentre esses, merecem destaque os Acórdãos nº 2.241/11, 1.317/13 e 1.930/13, todos do Plenário. Deve-se fazer referência, ainda, aos Acórdãos nº 1.550/13 e 286/14, ambos também do Plenário. A seguir, passa-se à análise crítica das discussões e conclusões do TCU no âmbito desses precedentes, representativos do posicionamento mais atual da corte de contas sobre o tema, em sua composição plenária. Todas as manifestações a seguir indicadas constam no inteiro teor dos respectivos acórdãos, disponíveis na internet.

A discussão mais aprofundada sobre a nova finalidade legal das licitações (“promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), sua extensão e limites, inclusive no tocante ao estabelecimento de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, teve início no julgamento que resultou no Acórdão nº 2.241/11 - Plenário.⁷⁸

O referido acórdão analisou representação formulada por determinada empresa sobre possível irregularidade em pregão eletrônico promovido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), consistente na exigência de que o objeto licitado (máquinas retroescavadeiras) fosse de fabricação nacional, o que seria vedado pela legislação.

A unidade técnica (8ª Secex) concluiu pela procedência da alegação de que tal exigência infringiu a lei, afirmando que a legislação e jurisprudência são claras quanto à proibição da restrição de produtos importados nas licitações brasileiras e que mesmo as inovações trazidas pela Lei nº 12.349/10 não respaldam a restrição contida no edital, pois as restrições permitidas se limitam às hipóteses expressamente descritas na lei. Em suas alegações, o MDA sustentou que a exclusividade de participação de produtos nacionais no

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.241/11 - Plenário**. Relator: André de Carvalho. Sessão: 24/8/2011 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 2/5/2017.

certame é medida que contribui para o fortalecimento da economia local, cumprindo com a função de promover o desenvolvimento econômico sustentável, conforme determinação legal expressa contida no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Após pedido de vistas, o então Procurador Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, proferiu parecer pela legalidade da restrição em exame. Argumentou, em síntese, que só devem ser vedadas práticas que, a título de promover o desenvolvimento nacional sustentável, terminem por restringir excessivamente a competitividade. Embora a exclusão de produtos estrangeiros tenha limitado o universo de possíveis interessados na disputa, o certame contou com ampla participação e resultou na redução do preço estimado em 22%. Entendeu, assim, que a restrição aplicada foi razoável, visto que, “além de permitir a concretização desse novo princípio das licitações públicas, não se descuidou de promover a competitividade no certame”.

Em seu voto, o relator se manifestou no mesmo sentido, pela autoaplicabilidade da norma finalística contida na nova redação do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, atribuída pela Lei nº 12.349/10. Aduziu que as normas que carecem de regulamentação são aquelas incluídas nos §§ 5º a 12 do mesmo artigo, mas não no *caput*. De acordo com seu entendimento, as margens de preferência não esgotam as opções possíveis para a concretização do novo princípio, que também autoriza a exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na produção/prestação de bens e serviços adquiridos pelo Estado e a priorização para bens fabricados no Brasil, como no caso dos autos. A opção por máquinas de fabricação nacional estaria em conformidade com os objetivos de estímulo à produção industrial, ao aumento da produtividade, à qualificação da mão de obra, à elevação do volume das exportações e à geração de emprego e renda no país, desde que tal opção esteja devidamente justificada no processo licitatório. Lembra que a preferência por marcas é admitida pelo TCU quando tecnicamente justificável e, no caso concreto, estabeleceu-se nada mais do que uma preferência por marcas de fabricação nacional. Caberia à Administração, em juízo discricionário, balizada pela necessidade de assegurar o desenvolvimento nacional sustentável, “escolher se admite, ou não, produto de fabricação estrangeira, devendo, é claro, fundamentar tal decisão, demonstrando as devidas justificativas técnicas e econômicas”. A aquisição de produto de fabricação nacional para promover o desenvolvimento sustentável seria matéria que prescinde de regulamentação, podendo ser aplicada diretamente pela Administração Pública, conforme regras definidas no próprio edital da licitação correspondente.

Em resumo, portanto, a posição do relator e do representante do Ministério Público de Contas foi no sentido de que a nova finalidade legal das licitações (“promoção do desenvolvimento nacional sustentável”) seria suficiente, por si só, para autorizar a estipulação de exigências na licitação com esse objetivo, a exemplo de critérios de sustentabilidade ambiental ou mesmo a restrição do certame a produtos de fabricação nacional. A previsão de tais exigências não dependeria de regulamentação pelo Poder Executivo, ao contrário do que ocorre com as regras dos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que tratam, dentre outros aspectos, das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Assim, com base em juízo discricionário da Administração Pública, exigências com a finalidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável poderiam ser incluídas nos editais das licitações, desde que devidamente justificadas e sem sacrificar o atendimento das demais finalidades legais (respeito à isonomia e busca da melhor proposta), mediante a observância do princípio (postulado) da proporcionalidade.

Dessa posição discordou o ministro revisor, Augusto Sherman Cavalcanti. Sustentou em seu voto não restar dúvidas que “as regras necessárias para promover o desenvolvimento nacional sustentável foram dispostas pelo legislador nos parágrafos acrescidos ao art. 3º da Lei 8.666/93 quando da edição da Lei 12.349/2010”, sendo evidente a conexão existente “entre as alterações efetuadas pela nova lei no art. 3º, caput e §§ 1º e 2º, e o acréscimo dos §§ 5º ao 12 no mesmo artigo”. São essas as regras da lei geral que preveem as condutas passíveis de serem adotadas pelo administrador público para a consecução do objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, em face da incidência do princípio da legalidade. A vedação a preferências se constitui em regra geral, estando as exceções definidas explicitamente na lei, pelo que não se pode admitir interpretação extensiva nem para a vedação nem para as exceções. As medidas legalmente previstas são as únicas que podem ser adotadas para estabelecer preferências destinadas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não havendo discricionariedade nesse campo. Embora a promoção do desenvolvimento não se esgote na aplicação das margens de preferência, abrangendo outras medidas, todas elas se encontram formalmente previstas em lei (§§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, art. 3º da Lei nº 8.248/91 e arts. 44, 47 e 48 da LC nº 123/06). Com exceção do disposto na Lei nº 8.248/91 e na LC nº 123/06, os demais mecanismos dependem da regulamentação do Poder Executivo para sua aplicação. Tratam-se de medidas restritivas à competitividade, válidas por serem exceções explicitadas em lei à regra geral definida no art.

3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. A adoção de qualquer regime de preferência distinto dos previstos em lei constitui prática de ato ilegal.

Para o revisor, portanto, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das licitações públicas se restringiria às medidas expressamente previstas em lei e que necessitam, em regra, de regulamentação pelo Poder Executivo. A regra geral é a vedação de preferências em respeito à isonomia, pelo que apenas seriam admissíveis as exceções legalmente permitidas. Não caberia ao administrador, em cada edital e à luz do princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, estabelecer discricionariamente restrições à competitividade com o objetivo de alcançar tal finalidade.

Em face das duas teses contrapostas, o tribunal determinou a constituição de grupo de trabalho pela Secretaria Geral de Controle Externo (SEGECEX), para analisar as repercussões da Lei nº 12.349/10 e os posicionamentos expostos. Na ocasião, portanto, não emitiu posição definitiva sobre o tema, limitando-se a determinar, no caso concreto, que o órgão federal (MDA) se abstivesse de promover licitações cujo objeto seja exclusivamente de fabricação nacional, até a deliberação final do tribunal sobre a questão.

Por meio do Acórdão nº 1.317/13 - Plenário, foi retomada a discussão, analisando-se o relatório do grupo de trabalho constituído por determinação do Acórdão nº 2.241/11.⁷⁹ Naquilo que interessa mais de perto à análise jurídica do tema em exame, o grupo de trabalho da SEGECEX apresentou, em síntese, as seguintes conclusões: ilegalidade do estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, por falta de previsão legal; inconstitucionalidade de decreto que eventualmente estabeleça essa possibilidade de vedação não prevista em lei, pois se trataria de decreto autônomo não autorizado pela Constituição; ilegalidade do estabelecimento de margens de preferência nos editais licitatórios sem a regulamentação prévia por decreto do Executivo.

Mais uma vez, o Ministério Público junto ao TCU se manifestou contrariamente a esse entendimento mais restritivo, reiterando seu posicionamento anterior. Aduziu que, tendo em vista a nova finalidade a ser buscada pelas contratações, “se houver comprovação de que a única forma de atender à necessidade de promover o desenvolvimento nacional é a aquisição de produto brasileiro, então essa especificação deverá constar da descrição do objeto”. A partir da modificação legal, as contratações públicas em geral agora também devem atender a necessidades relacionadas a “aspectos macroeconômicos”, que vão além da necessidade

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.317/13 - Plenário**. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão: 29/5/2013 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 4/5/2017.

imediate a ser suprida com a execução contratual. Em determinadas situações, portanto, a Administração respeitará a finalidade de busca da contratação mais vantajosa mesmo se restringir a aquisição apenas a produtos nacionais, quando tal restrição atenda tanto à necessidade imediata relativa ao objeto contratado como ao interesse mediato de “fomento da indústria nacional, propósito compatível com as competências do Estado Brasileiro e coerente com as políticas públicas de desenvolvimento nacional”. Ressalta que a questão de saber se a exclusividade de participação dos produtos nacionais contribui efetivamente para o desenvolvimento é matéria afeta às ciências econômicas, devendo ser objeto de análise técnica específica. Assim, nas hipóteses em que a vedação ao produto estrangeiro for economicamente justificável, a medida seria juridicamente cabível, pois, em face da nova finalidade legal acrescida pela Lei 12.349/2010, “ele representará objeto diferente, ainda que intrinsecamente seja igual ao nacional, porquanto respondem a necessidades distintas”. Lembra que, embora a lei preveja muitas regras atinentes à concretização do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, muitas vezes o gestor tem de lidar com situações não positivadas, tendo de recorrer à ponderação dos princípios aplicáveis. O mesmo deveria valer para o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Em conclusão, o representante do Ministério Público de Contas afirma que as regras sobre margens de preferência nas licitações devem ser observadas pela Administração como normas gerais para concretização do aludido princípio. Mas comportariam exceções, quando a aplicação da margem não seja suficiente para o alcance dessa nova finalidade, situações nas quais a Administração poderia adotar medidas alternativas e não expressamente previstas na lei, inclusive a vedação à aquisição de produtos estrangeiros.

O relator, Ministro Aroldo Cedraz, acolheu as conclusões do grupo de trabalho, em discordância ao posicionamento do Ministério Público e do relator do Acórdão nº 2.241/11. Entendeu não ser razoável autorizar que cada gestor público defina, a seu critério, quais contratações devem ficar restritas a bens e serviços nacionais. A preferência deve ser estabelecida por meio da ação normativa e reguladora do Estado, de acordo com os marcos legais. Observa que a lei não previu vedação a produtos ou serviços estrangeiros, mas sim margens de preferência, a serem fixadas por decretos do Executivo.

Ao final, foi esse último entendimento que prevaleceu. O tribunal concluiu, assim, pela ilegalidade de se estabelecer “vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação”, bem como margem de preferência nas licitações “sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo

Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação”.

Por meio do Acórdão nº 1.550/13 - Plenário, o TCU consolidou seu entendimento sobre a matéria.⁸⁰ Vale destacar que tal acórdão foi proferido em sede de processo de consulta. Nos termos da Lei Orgânica do TCU, uma das atribuições do tribunal consiste em “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares” relativos a matéria de sua competência (art. 1º, XVII, da Lei nº 8.443/92). E a resposta à consulta possui “caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto” (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/92).

No acórdão específico em exame, o tribunal respondeu a questionamento do então Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, referente à possibilidade de o edital da licitação eventualmente exigir que o produto a ser adquirido seja nacional, considerando as especificidades de cada caso concreto. Em seu voto, o relator, Ministro José Múcio Monteiro, apenas reafirmou o posicionamento já adotado pela corte no Acórdão nº 1.317/13, o que foi acolhido pelo plenário. Diante disso, foi respondida a consulta no sentido de ser “ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei nº 12.349/2010 não previu tal restrição”. Também foi considerado ilegal o estabelecimento de margem de preferência sem a regulamentação por decreto do Poder Executivo federal, “estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso, e discriminando a abrangência de sua aplicação”.

Esse entendimento foi reiterado nos Acórdãos nº 1.930/13 e 286/14, ambos também do Plenário. De modo que esse é o panorama atual da jurisprudência do TCU sobre o tema.

4.3 Análise crítica

A controvérsia discutida no âmbito do TCU teve por objeto principal a possibilidade ou não de se vedar a contratação de bens ou serviços estrangeiros nas licitações públicas, com base na nova finalidade legal de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, instituída pela Lei nº 12.349/10 e que também deve ser atendida pelas licitações, ao lado da isonomia e da busca da proposta mais vantajosa (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93). A tese

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.550/13 - Plenário**. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão: 19/6/2013 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 9/5/2017.

vencedora, como visto, foi no sentido de considerar ilegal a aludida vedação, com base nos argumentos acima expostos. Não houve discordância quanto à necessidade de regulamentação, por decretos do Executivo, das margens de preferência em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais, em face da determinação expressa contida no § 8º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Na literatura jurídica nacional, merece destaque a crítica exposta por Marçal Justen Filho acerca desse entendimento mais restritivo do TCU sobre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela via das licitações e contratações públicas. A primeira objeção que levanta é no sentido de que as regras dos §§ 5º a 12 da Lei nº 8.666/93 estão voltadas apenas à promoção do desenvolvimento nacional, sem maiores preocupações acerca da sustentabilidade, da proteção ao meio ambiente. Assim, afirmar que essas são as únicas medidas legalmente permitidas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seria tornar irrelevante a finalidade de proteção ao meio ambiente, ínsita ao conceito de desenvolvimento sustentável. Também aduz não ser cabível “subordinar a adoção de tratamento discriminatório à existência de previsão legal explícita e exaustiva”, pois nenhuma lei pode exaurir as medidas passíveis de concretizar o princípio da isonomia, sob pena de negar efeito a esse princípio constitucional. Segundo o referido autor, o argumento prova demais, pois, em sendo procedente, seria preciso reconhecer a invalidade de todas as demais autorizações para discriminações contidas na Lei nº 8.666/93 que sejam desacompanhadas da disciplina exaustiva dos pressupostos e consequências de sua aplicação.⁸¹

Apesar das críticas acima expostas e da existência de posicionamento contrário no âmbito da própria corte de contas, o entendimento restritivo adotado pelo TCU é o que mais se adequa ao ordenamento jurídico vigente, especialmente à luz do princípio da legalidade. É verdade que a Lei nº 12.349/10 instituiu a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como nova finalidade a ser buscada pelas licitações e contratações públicas. Mas também é verdade que assim o fez estabelecendo limitações expressas.

Não se pode ignorar, especialmente, o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, na redação conferida pela mesma Lei nº 12.349/10. De acordo com esse dispositivo, é vedado aos agentes públicos incluir nos editais de licitação cláusula que estabeleça preferências ou distinções com base em qualquer circunstância “impertinente ou irrelevante para o específico

⁸¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 66.

objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.⁸²

Há explícita determinação legal, portanto, no sentido de que as cláusulas dos editais apenas podem estabelecer requisitos que sejam necessários ou úteis à execução do objeto contratual. Preferências que dizem respeito à nacionalidade dos produtos e serviços a serem adquiridos não têm por objetivo assegurar a melhor execução do contrato, mas sim produzir efeitos externos à contratação. Razão pela qual estariam legalmente vedadas. Daí a necessidade da alteração legislativa, de modo a prever expressamente exceções à regra geral, dentre as quais figura a possibilidade de se instituir, por decreto, margens de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais, até o limite máximo de 25% em relação ao preço dos produtos/serviços estrangeiros.

Não se trata, portanto, de limitar a atuação administrativa apenas ao que a lei expressamente autoriza, em uma concepção excessivamente restritiva e tradicional do princípio da legalidade na Administração Pública. Mas sim de respeitar a vedação também expressa contida na lei, em relação à qual não se vislumbra qualquer vício de inconstitucionalidade. De modo que a previsão nas licitações de distinções ou preferências que não digam respeito à execução do objeto do contrato e nem estejam autorizadas por normas legais específicas contraria a regra legal veiculada no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Previsões dessa natureza seriam, portanto, ilegais, não havendo espaço para a discricionariedade administrativa atuar fora dos limites impostos pela lei.

Nem se diga que tal conclusão tornaria inválidas as disposições editalícias que eventualmente tratem de requisitos de sustentabilidade ambiental, por ausência de autorização legal expressa. Como já brevemente referido em capítulo anterior, a fundamentação legal mais específica para tais exigências de natureza ambiental pode ser encontrada no art. 6º, XII, da Lei nº 12.187/09, e no art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/10. O primeiro dispositivo inclui, dentre os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações públicas “para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos”. Já o segundo prevê, como um dos objetivos da Política Nacional de Resíduos

⁸² Art. 3º (...) § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (...)

Sólidos, a prioridade nas contratações governamentais para “produtos reciclados e recicláveis” e “bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”. Assim, critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações podem ser validamente estabelecidos com base em tais autorizações legais específicas, não havendo ofensa à regra geral contida no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Conclui-se, assim, que o juízo discricionário do administrador, mesmo quando tecnicamente fundamentado, não pode contrariar a vedação legal expressa acima referida. Regra essa editada pelo Poder Legislativo no exercício legítimo de suas funções. De modo que o uso das licitações e contratos administrativos para o alcance de finalidades que vão além da execução do objeto contratado deve se limitar às hipóteses legalmente autorizadas. Permitir a adoção de outras medidas além das expressamente previstas na lei equivaleria a autorizar verdadeira revogação de norma legal válida por atos administrativos infralegais, em ofensa direta aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Não cabe invocar a possibilidade de eventual ponderação entre os princípios da licitação, que autorizaria decisões casuísticas sobre as medidas a serem implementadas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável em cada situação específica. É preciso ter cautela quanto ao uso abusivo da ponderação de princípios, na linha das críticas acima realizadas. Em relação ao tema em exame, essa ponderação já foi realizada de forma legítima pelo Legislativo, fixando as balizas a serem observadas pela Administração para a promoção do desenvolvimento nacional pela via das licitações.

Finalmente, além do princípio da legalidade, deve-se analisar como a função regulatória das licitações, em especial a promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela política de margens de preferência, pode se compatibilizar com o princípio da isonomia. Tema que será objeto de análise nos próximos capítulos.

5 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

5.1 O princípio da isonomia

O princípio da igualdade de todos “perante a lei” se encontra previsto constitucionalmente no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Em uma acepção excessivamente literal, a igualdade perante a lei pode ser interpretada no sentido restrito de que a lei deve ser aplicada indistintamente a todos que se enquadrem em sua hipótese de

incidência. Em se adotando apenas essa concepção reducionista, o legislador estaria livre para impor quaisquer discriminações entre indivíduos e situações. Para se respeitar a isonomia, bastaria assegurar a aplicação das normas discriminatórias em todos os casos legalmente previstos, sem questionamentos sobre a validade em si da discriminação legalmente imposta. O princípio vincularia apenas o aplicador da lei, que não poderia discriminar onde a lei não discriminou.

Contudo, essa aplicação indistinta da norma legal a todos os casos nela previstos configura apenas a chamada igualdade formal. Igualdade essa que se confunde com o próprio princípio da legalidade. Como afirma Kelsen, dizer que o aplicador do Direito só pode levar em conta as diferenciações feitas na própria lei consiste apenas em estabelecer o princípio imanente da legalidade da aplicação das leis, “ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas”. Assim, uma decisão judicial que estabeleça um tratamento discriminatório não fixado em lei não possuirá qualquer fundamento de anulação e nulidade que seja distinto da mera ilegalidade.⁸³

Diante da evidente insuficiência da noção exposta de igualdade formal, também se deve fazer referência à igualdade material, a qual decorre de todas as demais garantias previstas no texto constitucional. De modo que as normas jurídicas não podem veicular distinções em desconformidade com a Constituição. Assim, por exemplo, nas licitações públicas não se pode fazer exigências de qualificação técnica que não sejam indispensáveis ao cumprimento das futuras obrigações contratuais, sob pena de ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal. O fator de discriminação eleito seria impertinente para a finalidade buscada (regular execução do contrato). Por outro lado, pode-se admitir a estipulação de regras especiais em favor de micro e pequenas empresas nas licitações (arts. 42 a 48 da Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista que a Constituição autoriza expressamente o tratamento favorecido a elas dispensado (art. 170, IX). Disso decorre que o dever de isonomia não se destina apenas às autoridades responsáveis pela aplicação da lei, mas também ao legislador. A criação do direito também se sujeita à isonomia, não podendo estabelecer distinções ilegítimas, ofensivas ao ordenamento jurídico vigente. Além disso, nesse sentido material da isonomia, o Estado se converte em promotor ativo da igualdade na sociedade, de modo a viabilizar uma igualdade de oportunidades real e não meramente abstrata.⁸⁴ A isonomia, portanto, à luz das normas constitucionais, pode não apenas vedar distinções

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99-100.

⁸⁴ VASQUES, Sérgio. **O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 33.

ilegítimas, mas igualmente impor a estipulação de discriminações que visem à consecução dessa igualdade material.

Na lição de Bandeira de Mello, em relação ao conteúdo material do princípio, é insuficiente recorrer apenas à fórmula genérica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a qual deixa em aberto a questão de saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Avançando um pouco mais na análise da igualdade material, afirma que qualquer elemento pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, não sendo, em regra, no traço de diferenciação escolhido que se deve avaliar a ocorrência de alguma ofensa à isonomia. As discriminações são compatíveis com o princípio da igualdade quando existe um vínculo de correlação lógica entre o fator de *discrímen* eleito pela norma e a desigualdade de tratamento em função dele conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses protegidos pela Constituição. Assim, a discriminação não pode ser fortuita, devendo existir uma conexão racional entre o tratamento legal diferenciado e a razão que lhe serve de fundamento. Ademais, além da existência do nexó racional apontado, tal vínculo deve ser constitucionalmente pertinente, de modo que as vantagens fundadas em determinada peculiaridade distintiva não de prestigiar situações compatíveis com interesses albergados na Constituição.⁸⁵

Ávila define a igualdade como a “relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medidas ou critérios de comparação, aferidos por meio de elementos indicativos, que servem de instrumento para a realização de uma determinada finalidade”. A igualdade exige que os sujeitos sejam comparados por critérios que, além de permitidos, sejam relevantes e congruentes para o alcance da finalidade pretendida. A medida de comparação a ser eleita para justificar um tratamento diferenciado deve traduzir uma diferença factual efetivamente existente e que seja pertinente à finalidade que justifica sua utilização. E o critério ou fator de discriminação deve efetivamente contribuir para a promoção da finalidade buscada pela norma, com base em evidências empíricas. Se não houver um suporte empírico considerável no sentido de que a diferença de tratamento legal efetivamente contribui para a finalidade normativa, a distinção será ofensiva à isonomia. Entre a medida de comparação adotada e a finalidade perseguida deve existir uma relação de causa e efeito.⁸⁶ Também Schoueri aponta

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10-11, 17, 39, 42.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45, 48, 54, 57.

que a aplicação do princípio da igualdade pressupõe a eleição de medidas de comparação, algumas eleitas pelo próprio constituinte e outras pelo legislador.⁸⁷

Além dessa pertinência efetiva com a finalidade buscada, elemento estrutural do conceito, deve ser agregado um elemento normativo, no sentido de que a medida de comparação que justifica a diferença de tratamento deve ser compatível com a Constituição.⁸⁸ Há casos em que a Constituição veda discriminações com base em determinados fatores ou já define a medida de comparação a ser adotada, excluindo a liberdade do legislador em adotar outro parâmetro. É o que se observa, por exemplo, no dispositivo que trata da capacidade contributiva para a graduação dos impostos (art. 145, § 1º, da CF/88). Em razão dessa norma, a medida de comparação eleita para os impostos pessoais é a capacidade econômica dos contribuintes, que deve ser obrigatoriamente adotada pelo legislador.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da igualdade não pode se reduzir a um sentido estritamente formal, como mera obrigação de aplicação uniforme das normas legais. É forçoso reconhecer que possui, principalmente, um conteúdo material, no sentido de que o legislador não pode instituir tratamentos discriminatórios que não possuam inegável fundamento constitucional. Assim, o conteúdo material do princípio da igualdade deve ser preenchido por todas as normas que compõem o sistema constitucional, as quais podem ser invocadas como finalidades idôneas para justificar determinado tratamento desigual entre os sujeitos, de acordo com critérios que efetivamente promovam o fim buscado.

5.2 Isonomia e função regulatória da licitação

Importante questão a ser enfrentada é a compatibilidade da função regulatória das licitações com o princípio da isonomia, tendo em vista que essa “dimensão macroeconômica” das contratações públicas pode, eventualmente, levar a preferências em favor de determinados produtos, serviços ou fornecedores, sem que haja relação direta com a satisfação da necessidade administrativa a ser suprida mediante o cumprimento do objeto contratual. No âmbito da licitação, a lei autoriza, em regra, estabelecer distinções que sejam necessárias ao cumprimento do objeto contratual (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93). Mas quando se fala na função regulatória ou indutora das licitações e contratações públicas não é propriamente disso que se trata, mas da possibilidade de se estabelecer distinções e preferências que não digam

⁸⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 274.

⁸⁸ ÁVILA, op. cit., p. 58.

respeito diretamente à necessidade administrativa a ser suprida com o contrato, mas aos efeitos externos da contratação (externalidades positivas e negativas).

Inicialmente, é de ver-se que a própria Constituição consagra a “igualdade de condições a todos os concorrentes” como princípio fundamental das licitações (art. 37, XXI). Conforme lição doutrinária acima referida, a igualdade diz respeito à relação entre dois ou mais sujeitos, com base em um critério de comparação e visando o alcance de determinada finalidade. Além de não ser constitucionalmente vedado, o critério de discriminação eleito deve ser adequado à consecução de finalidade também compatível com o texto constitucional. Afirmar que o processo licitatório deve assegurar a igualdade de todos os concorrentes não diz muita coisa, pois apenas reitera o princípio constitucional da isonomia. Princípio esse que, em seu sentido material, pode fundamentar diferenças de tratamento entre os licitantes, desde que legítimas e pertinentes para o alcance de alguma finalidade de natureza constitucional.

O mesmo dispositivo, contudo, apenas permite “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Assim, distinções fundadas em requisitos de qualificação técnica e econômica apenas podem ter como finalidade constitucionalmente legítima assegurar o cumprimento das obrigações contratuais. O texto constitucional veda expressamente a estipulação no edital de requisitos de qualificação técnica e econômica que sejam irrelevantes para a adequada execução contratual. Aí já se observa uma maior especificação do conteúdo jurídico do princípio da isonomia aplicável às licitações. Isso porque, em relação aos requisitos de qualificação técnica e econômica, a Constituição veda, de antemão, a adoção de critérios distintivos que não sejam pertinentes ao cumprimento do objeto a ser contratado.

Em princípio, portanto, deve ser considerada inconstitucional a estipulação de requisitos dessa natureza que tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável ou o tratamento favorecido a microempresas, por exemplo. Por ofensa ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia relativamente a tais requisitos, na forma delimitada pela Constituição. Ainda que se pretenda a concretização de valores igualmente consagrados em normas de estatura constitucional, a norma específica (também constitucional) atinente às licitações já determina a finalidade a ser buscada na análise da qualificação técnica e econômica dos licitantes sem que haja desrespeito à isonomia, qual seja, a adequada execução contratual.

Mas em que consistem tais exigências de qualificação técnica e econômica? A Lei nº 8.666/93 cuida dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira em seus arts. 30 e 31. Tratam-se de requisitos que integram a análise de habilitação dos licitantes. Como se

sabe, a fase externa das licitações se desenrola, basicamente, em duas fases principais, a habilitação dos licitantes e o julgamento das propostas. A análise da habilitação visa aferir a idoneidade e capacidade do licitante para contratar com o Poder Público, por meio de requisitos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação técnica e econômico-financeira. Embora, como afirma Nóbrega⁸⁹, tais requisitos sejam muitas vezes insuficientes para revelar a verdadeira capacidade da empresa para executar o contrato, persistindo um problema de assimetria de informações que pode resultar na má execução contratual. Já o julgamento das propostas diz respeito à escolha da proposta vencedora, de acordo com os critérios pertinentes ao tipo de licitação adotado (menor preço, técnica e preço, melhor técnica, etc).

Assim, à luz da própria determinação constitucional, dentre os requisitos de qualificação técnica e econômica legalmente previstos, cada licitação específica apenas pode exigir aqueles tidos como efetivamente indispensáveis ao cumprimento do futuro contrato. Sob pena não apenas de ilegalidade, mas de ofensa direta à Constituição, que veda expressamente, nesse particular, a adoção de tratamento diferenciado entre os licitantes para o alcance de outra finalidade que não seja o atendimento da necessidade administrativa a ser suprida com a contratação.

Esse não é o caso dos outros requisitos de habilitação ou da fase de julgamento das propostas. Por exemplo, a exigência de regularidade fiscal do licitante em relação ao ente contratante não diz respeito diretamente ao adequado cumprimento do objeto contratual. O contratado inadimplente com o Fisco pode ter condições de executar perfeitamente o contrato. Eventualmente, até cobrando um menor preço, em razão de seus custos também menores, decorrentes da inadimplência fiscal. Mas são apenas as exigências de qualificação técnica e econômica que devem ter por única finalidade constitucionalmente legítima o adequado cumprimento do objeto contratado. Não há inconstitucionalidade, portanto, na exigência de regularidade fiscal em análise, que tem por finalidade precípua, além de garantir uma disputa mais equânime entre licitantes que efetivamente paguem seus tributos, incentivar os particulares interessados em contratar com o Poder Público a cumprirem suas obrigações fiscais, gerando receitas para o Estado. O mesmo pode ser dito quanto à exigência de regularidade trabalhista, pela qual o licitante deve comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, o que não se relaciona direta e exclusivamente

⁸⁹ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 406.

com a adequada execução contratual, mas também com a promoção de outros valores constitucionais (respeito a direitos trabalhistas).

Quanto ao julgamento das propostas, igualmente não há impedimento de natureza constitucional a que essa fase esteja sujeita ao estabelecimento de distinções que não digam respeito exclusivamente à seleção da proposta técnica ou economicamente mais vantajosa, mas que também considerem aspectos atinentes ao alcance de outras finalidades constitucionalmente legítimas. É isso que autoriza, por exemplo, o estabelecimento legal de preferências a micro e pequenas empresas nas licitações, nos termos do art. 44, da Lei Complementar nº 123/06, ou as preferências instituídas pela Lei nº 12.349/10, com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, como será objeto de análise mais detalhada neste trabalho.

A fim de legitimar todas essas exigências e distinções legais que não dizem respeito à qualificação técnica e econômica dos licitantes e que estão orientadas a fins constitucionais diversos do mero cumprimento regular do contrato, seria possível argumentar que haveria aí um exercício de ponderação entre princípios contrapostos (isonomia x desenvolvimento sustentável; isonomia x tratamento favorecido a microempresas). Assim, com base no postulado da proporcionalidade, poderia haver um sacrifício pontual da isonomia a fim de assegurar o respeito aos princípios eventualmente contrapostos, por meio de medidas legais ou administrativas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, conforme lição clássica de Alexy.⁹⁰

Mas não parece ser disso que se trata. Recorde-se, com base em seu conceito material, que a igualdade consiste em uma relação de comparação entre sujeitos diversos, com base em critérios comparativos/distintivos aptos à consecução de finalidades constitucionalmente legítimas. No tocante à disciplina constitucional das licitações, a finalidade de mero cumprimento das obrigações contratuais deve orientar necessariamente apenas as exigências de qualificação técnica e econômica, como visto. Em relação aos demais aspectos da licitação, deve-se obediência ao princípio da isonomia em sua acepção mais ampla, o que autoriza tratamentos diferenciados entre os licitantes que sejam aptos ao alcance de outras finalidades de natureza constitucional, a exemplo da promoção do desenvolvimento sustentável e dos princípios da ordem econômica em geral. A questão se resolve, assim, dentro da análise do próprio conteúdo material da igualdade, sem necessidade de sua

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90, 93-94, 116-118. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.

ponderação com outros princípios constitucionais. A conclusão seria outra apenas se a pretensão fosse exigir requisito de qualificação técnica ou econômica para o alcance de finalidade distinta do cumprimento das obrigações contratuais. Nessa hipótese haveria sim incompatibilidade com o conteúdo constitucional da isonomia aplicável às licitações. O que não é o caso, reitere-se, da disciplina legal objeto da presente análise.

Assim, a utilização da licitação pública como instrumento de regulação e incentivo do comportamento dos agentes econômicos não é necessariamente incompatível com o princípio constitucional da isonomia. Se o tratamento discriminatório estabelecido entre os licitantes observar critérios que sejam aptos a contribuir para o alcance de finalidades albergadas no texto constitucional, não haverá ofensa à igualdade em seu sentido material. Tanto a finalidade perseguida como o critério de discriminação serão válidos à luz da Constituição. Apenas as exigências de qualificação técnica e econômica é que somente podem ter por objetivo assegurar o regular cumprimento do contrato, sob pena de ofensa à isonomia, em face de expressa determinação constitucional nesse sentido.

Embora a Constituição determine que apenas os requisitos de qualificação técnica e econômica devem se limitar a exigências imprescindíveis ao cumprimento das obrigações contratuais, a Lei nº 8.666/93 ampliou essa restrição para as cláusulas editalícias em geral. Com efeito, por meio de seu art. 3º, § 1º, I, a lei veda aos agentes públicos incluir nos editais cláusulas que restrinjam o caráter competitivo dos certames e estabeleçam preferências em razão de qualquer circunstância irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvadas as exceções legais.⁹¹ A regra legal, portanto, é que não só as exigências de qualificação técnica e econômica, mas todas as cláusulas editalícias em geral, sejam orientadas à execução do objeto específico do contrato a ser celebrado. Com ressalva, por óbvio, das exceções referidas na própria legislação, seja na Lei nº 8.666/93 ou em leis específicas. Não se vislumbra inconstitucionalidade nessa ampliação da restrição constitucional. O que a lei não poderia era prever exigências de qualificação técnica e econômica com finalidade diversa do cumprimento do contrato. De todo modo, essa vedação não alcança as regras de fixação de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, as quais se encontram veiculadas

⁹¹ Art. 3º (...) § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (...)

na própria Lei nº 8.666/93 e foram objeto de ressalva expressamente incluída pela Lei nº 12.349/10. Deve-se analisar, contudo, se o estabelecimento de tais margens é de fato compatível com o princípio constitucional da isonomia, de acordo com os parâmetros acima expostos.

6 O ESTABELECIMENTO DE MARGENS DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS COMO CRITÉRIO VÁLIDO DE DISCRIMINAÇÃO NAS LICITAÇÕES

Dentre os critérios discriminatórios passíveis de utilização nas compras públicas para o alcance de finalidades de natureza constitucional distintas da adequada execução contratual, merece destaque, para os fins do presente estudo, o estabelecimento de margens de preferência em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais, como se encontra expressamente permitido na Lei nº 8.666/93, após as alterações introduzidas pela Lei nº 12.349/10.

Pelo mecanismo de margens de preferência, o fornecedor de produto ou serviço nacional pode sair vencedor do certame ainda que sua proposta apresente valor superior à de fornecedor de produto ou serviço estrangeiro similar, desde que seu preço se mantenha dentro da margem de preferência fixada para os setores beneficiados. Assim, se a margem de preferência for de 7% (sete por cento), por exemplo, o fornecedor do produto nacional beneficiado pode se sagrar vencedor da disputa mesmo se o preço por ele cobrado for superior em até 7% (sete por cento) ao preço de produto similar estrangeiro, que tenha sido ofertado no certame por outro licitante.

Como fundamentos constitucionais para o estabelecimento de margens de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais nas licitações, pode-se apontar as seguintes normas da Carta Magna: os objetivos fundamentais da República, especialmente o de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II); os princípios da ordem econômica, em especial o da soberania nacional e busca do pleno emprego (art. 170, I, e VIII); o dever de incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação (art. 218); e o dever de incentivo ao mercado interno (art. 219). Além, é claro, de configurar instrumento de intervenção indireta do Estado na economia (fomento), nos moldes do art. 174, *caput*, do texto constitucional.⁹²

⁹² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado 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.

Em última análise, o que se visa com as margens de preferência é estimular a produção nacional de bens manufaturados e serviços nacionais, a fim de promover o desenvolvimento econômico, mediante a geração de emprego e renda e a inovação tecnológica no país. Tratam-se de objetivos que se encontram em conformidade com a Constituição. E as margens de preferência não contrariam a determinação constitucional atinente aos requisitos de qualificação técnica ou econômica, que devem se limitar a exigências imprescindíveis à execução contratual. As margens são aplicadas na fase de julgamento das propostas de preço, em relação à qual não incide a aludida regra constitucional, restrita a requisitos específicos integrantes da fase de habilitação.

Mas isso não é suficiente para se concluir pela observância do princípio constitucional da isonomia em seu sentido material. Como visto acima, além da natureza constitucional da finalidade perseguida, é necessário que o tratamento discriminatório conferido seja razoavelmente apto a promover esse fim. É preciso apontar, de forma minimamente fundamentada e com alguma base empírica, que entre o critério eleito e a finalidade buscada haja uma relação de causa e efeito. Nesse passo, portanto, é necessário avaliar se as margens de preferência podem efetivamente configurar instrumento eficaz de política pública com vistas à promoção do desenvolvimento econômico nacional. Para tanto, será inevitável recorrer a subsídios fornecidos por autores e estudos da área econômica.

6.1 Desindustrialização no Brasil

Tem sido objeto de discussão entre os economistas o processo de perda de espaço da indústria na economia nacional. Um indicador relevante dessa realidade é a significativa queda de participação da indústria no PIB, que passou de 25% em 1985 para 15% em 2011, com base em dados do IBGE. De acordo com Bonelli, Pessoa e Matos, a redução da participação da indústria no PIB vem ocorrendo desde os anos 1970 e, caso se mantenha o ritmo atual, a indústria poderia chegar ao ponto de desaparecer em 2092, “configurando o absurdo de um país sem indústria”.⁹³ Ao longo desse período, também tem se observado uma forte desaceleração da economia brasileira. Conforme dados apresentados por Williamson e Zagha, o crescimento do Brasil foi próximo de zero na década de 1980, pouco acima do crescimento populacional na década de 1990 e pouco acima de 2% *per capita* de 2000 a 2012.

⁹³ BONELLI, Regis. PESSOA, Samuel. MATOS, Silvia. Desindustrialização no Brasil: fatos e interpretação. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 45-80.

De modo que a renda *per capita* do país, que já foi equivalente a 32% da renda *per capita* dos EUA em 1980, caiu para 20% em 2010.⁹⁴ Verifica-se, assim, uma certa coincidência entre o processo de desindustrialização e a desaceleração da economia de forma geral.

Parnes e Hartung apontam que, entre 2004 e 2008, a produção industrial brasileira ainda teve um crescimento médio de 4,6% ao ano. Em 2008, sofreu os efeitos da crise naquele ano, tendo apresentado recuperação entre janeiro de 2009 e março de 2010. A partir de então, contudo, entrou em declínio, com uma queda de 5,6% até maio de 2012. Passou a ter um desempenho sistematicamente mais fraco do que a produção global, inclusive em relação à América Latina. As exportações de manufaturados caíram 11% entre maio de 2008 e maio de 2012, enquanto as importações cresceram aproximadamente 55% no mesmo período. De modo que parcela maior da demanda doméstica por produtos manufaturados passou a ser suprida por importados no período em questão.⁹⁵ Em diagnóstico semelhante, Souza registra que as exportações brasileiras de manufaturados tiveram queda acumulada de 15% em volume entre 2007 e 2013. No mesmo período, as exportações mundiais de manufaturados subiram no mesmo percentual, razão pela qual a estagnação da indústria brasileira não seria explicada por insuficiência de demanda, mas sim por perda de competitividade dos produtores nacionais.⁹⁶

Isso tem gerado uma regressão na diversidade e complexidade da economia brasileira, cada vez mais dependente da produção e exportação de produtos primários ou com pequeno grau de industrialização, normalmente utilizados como insumos nas cadeias produtivas (*commodities*). Com base em dados do governo federal, Lazzarini, Jank e Inoue⁹⁷ registram que, em 2001, as *commodities* (agrícolas, combustíveis, minerais e metais) constituíam menos de 50% da pauta exportadora do país; em 2011, esse percentual se elevava para mais de 70%.

Para Bonelli, Pessoa e Matos, a participação da indústria no PIB nacional, embora tenha sofrido significativa redução ao longo dos anos, se encontra atualmente apenas um

⁹⁴ WILLIAMSON, John. ZAGHA, Roberto. Um ensaio sobre “O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate”. In: **Estudos Econômicos**, São Paulo, vol. 44, n. 1, p. 185-199, jan.-mar. 2014.

⁹⁵ PARNES, Beny. HARTUNG, Gabriel. Uma nota sobre a desaceleração recente da indústria brasileira. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 157-172.

⁹⁶ SOUZA, Francisco Eduardo Pires de. Por que a indústria parou? In: BARBOSA, Nelson. MARCONI, Nelson. PINHEIRO, Maurício Canêdo. CARVALHO, Laura (orgs.). **Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2015, p. 3-30.

⁹⁷ LAZZARINI, Sergio G. JANK, Marcos Sawaya. INOUE, Carlos F. Kiyoshi V. *Commodities no Brasil: maldição ou bênção?* In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 201-226.

pouco abaixo do padrão observado em diversas outras regiões do mundo, com a notável exceção da China.⁹⁸ A diminuição do peso da indústria nas economias nacionais seria, assim, um fenômeno global. Esses autores, portanto, dão menor importância ao fenômeno da desindustrialização.

Já Schymura e Pinheiro sustentam que o risco de desindustrialização deve preocupar a todos, de qualquer orientação ideológica. O risco de perder esse ativo, construído à custa de diversos recursos públicos, não pode ser considerado uma questão trivial. Registram a velocidade do processo de retração do setor, agravado por um cenário de baixa produtividade, valorização do real, alto custo da mão-de-obra e aumento da oferta internacional de bens industriais, em virtude da baixa demanda dos países ricos na esteira da recente crise mundial, contribuindo para a perda de competitividade da indústria nacional. Seriam riscos concretos da desindustrialização a possível queda na produtividade da economia, a diminuição do dinamismo econômico e redução das externalidades positivas associadas à atividade de pesquisa e desenvolvimento.⁹⁹ Na mesma linha é a opinião de outros estudiosos do tema, no sentido de que, embora a participação da indústria na economia tenda a diminuir com o aumento da renda *per capita*, esse processo pode ser prematuro em um país cuja renda *per capita* corresponde a apenas 20% da observada nos EUA (em 2010) e ainda é bem inferior à das economias avançadas do leste asiático.¹⁰⁰

A desindustrialização, portanto, seja em maior ou menor escala, é um fato reconhecido por diversos estudiosos da matéria e corroborado pelos dados disponíveis. Mas não há acordo entre os especialistas sobre qual estratégia deve ser adotada em face dessa situação. Enfim, qual a política industrial mais adequada ou mesmo se é necessário adotar alguma política pública de incentivo à indústria.

6.2 Promoção do desenvolvimento e política industrial

Existem várias concepções sobre qual a melhor forma para se promover o desenvolvimento econômico. Há visões liberais e neoinstitucionalistas (mais ortodoxas e presentes no discurso econômico dominante), que defendem uma menor intervenção regulatória, cabendo ao Estado principalmente garantir um ambiente institucional seguro e

⁹⁸ BONELLI, PESSOA e MATOS, op. cit.

⁹⁹ SCHYMURA, Luiz. PINHEIRO, Mauricio Canêdo. Política industrial brasileira: motivações e diretrizes. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 81-96.

¹⁰⁰ WILLIAMSON e ZHAGA, op. cit.

estável para a atuação dos agentes econômicos em situação de livre concorrência ou, excepcionalmente, atuar na correção de graves falhas de mercado. A configuração concreta da estrutura produtiva não seria tão importante para o processo de desenvolvimento, o qual decorreria, quase que naturalmente, da adoção de instituições favoráveis ao livre mercado. A riqueza e a pobreza das nações seria determinada principalmente pelo conjunto de instituições políticas e econômicas adotadas por cada país. Instituições que moldam os incentivos econômicos que levam os indivíduos a se educarem, pouparem, investirem, inovarem, etc. A trajetória econômica das nações se distinguiria conforme as diferentes instituições adotadas, as regras que influenciam como a economia funciona e os incentivos que motivam a população.¹⁰¹ Uma boa apresentação da perspectiva neoinstitucionalista pode ser encontrada no livro de Daron Acemoglu e James Robinson, *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*.

Nesse contexto, a função do direito seria, basicamente, a de instituir normas claras para definir e assegurar os direitos de propriedade (inclusive intelectual) e garantir o cumprimento dos contratos. Normas jurídicas de regulação e estímulo a determinadas atividades econômicas não seriam, em última análise, favoráveis ao processo de desenvolvimento, por interferirem demasiadamente na dinâmica natural das relações de produção e troca entre os agentes privados.

Mas também há posições mais estruturalistas e desenvolvimentistas (tidas como heterodoxas por destoarem do discurso dominante), no sentido de que o padrão de especialização produtiva é a chave para se entender o processo de desenvolvimento econômico. Para os defensores dessa corrente, a maior sofisticação da estrutura produtiva é condição para o desenvolvimento. Os países ricos e desenvolvidos são aqueles capazes de produzir e vender no mercado externo bens complexos e sofisticados; pobres são os que produzem e vendem bens simples e rudimentares. Para o processo de desenvolvimento, portanto, em regra faz diferença se o país produz principalmente bananas ou computadores, sendo insuficiente a mera adoção de instituições próprias das nações mais avançadas. Na verdade, a modernização institucional seria muito mais uma consequência do que causa do aumento da complexidade econômica dos países ricos, embora se reconheça a importância das novas instituições para o processo de desenvolvimento a partir de sua implantação.¹⁰² Trata-se

¹⁰¹ ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. Nova York: Crown Publishers, 2012, p. 45; p. 68.

¹⁰² GALA, Paulo. **Complexidade econômica**: uma nova perspectiva para entender a antiga questão da riqueza das nações. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017, p. 39-41; 108-111.

de uma tradição de pensamento bem antiga, cujos traços já podem ser encontrados nos Estados Unidos de fins do século XVIII, com Alexander Hamilton. A escola estruturalista latino-americana também se insere nessa tradição, tendo em Celso Furtado um de seus principais expoentes. Atualmente, podem ser apontados como adeptos dessa linha de pensamento Ha-Joon Chang e Erik S. Reinert, bem como, no Brasil, Luiz Carlos Bresser-Pereira.

Ante o exposto, não é difícil concluir que os adeptos da tradição desenvolvimentista defendem uma maior atuação do Estado, não apenas para corrigir eventuais falhas de mercado, mas também para estimular a atuação dos agentes econômicos em determinados setores considerados importantes para o desenvolvimento, seja por sua maior produtividade, potencial de inovação, geração de empregos, etc. Assim, a defesa de políticas industriais ativas é mais facilmente encontrada entre os economistas que partilham dessa visão.

Isso não quer dizer que também não considerem a melhoria das instituições como fator importante para o desenvolvimento. Há evidências históricas e contemporâneas de que o aprimoramento institucional pode contribuir para o melhor desempenho econômico. Mas, de acordo com esses economistas, a adoção de um bom quadro institucional será insuficiente se não for acompanhada de políticas públicas voltadas para uma maior sofisticação produtiva, a fim de direcionar a iniciativa econômica privada no caminho de atividades dotadas de maior complexidade, com especial destaque para a indústria manufatureira e os serviços sofisticados. Esse teria sido o caminho trilhado pela maioria dos países ricos ao longo de seu processo de desenvolvimento, distinto das políticas de pleno livre comércio que atualmente recomendam aos países em desenvolvimento.¹⁰³

Esses autores também refutam o argumento de que políticas mais ativas e protecionistas para promoção do desenvolvimento, embora úteis no passado, não seriam mais eficazes, pois os tempos seriam outros. Nesse sentido, com base em dados sobre o crescimento do PIB *per capita* de uma amostra de 116 países nos períodos de 1960-1980 e de 1980-2000, Chang registra que a taxa de crescimento no primeiro período foi de 3,1% ao ano, enquanto no segundo reduziu-se a 1,4% ao ano. Ressalta ter sido justamente nesse segundo período em que foram disseminadas políticas de ampla liberalização econômica, identificadas com o chamado “neoliberalismo”. De modo que a grande maioria dos países teria obtido um crescimento mais rápido quando adotaram políticas tidas como ruins pelo discurso atualmente

¹⁰³ CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 216, 220.

dominante.¹⁰⁴ O impressionante crescimento chinês das últimas décadas parece ser mais uma confirmação dessa tese, pois tem se caracterizado por uma forte promoção estatal.

No âmbito do direito, percebe-se que a explicação estruturalista para o desenvolvimento fornece maiores subsídios para a adoção e justificativa de normas de fomento a determinadas atividades econômicas, como instrumentos importantes de política industrial. A exemplo das normas legais atinentes à política de margens de preferência nas compras públicas, objeto principal do presente trabalho. O papel do direito não se limitaria, portanto, a simplesmente garantir os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos, podendo ser também útil para estimular atividades econômicas com maior potencial para a promoção do desenvolvimento.

Em relação à política industrial, pode-se defini-la como “a atuação focada do Estado para promover a transformação da estrutura industrial e o aumento da produtividade da economia”.¹⁰⁵ A política industrial pode atuar tanto pelo lado da oferta (empréstimos em condições favoráveis, incentivos fiscais, etc) como da demanda (investimentos públicos, incentivo ao consumo, compras governamentais, etc). Não se tratam de alternativas excludentes, podendo a política ser implementada por meio de instrumentos que atuem em ambos os pólos. Vale registrar, de acordo com relatório da OCDE¹⁰⁶, que muitos de seus países membros têm recorrido cada vez mais a políticas de inovação pelo lado da demanda, indo além das tradicionais políticas de estímulo à oferta. A organização destaca, contudo, o caráter essencialmente complementar entre medidas de incentivo à demanda e à oferta, que não devem ser implementadas isoladamente.

Em artigo já citado, Schymura e Pinheiro¹⁰⁷ registram que a política industrial pode ser parcimoniosa ou em larga escala. Em uma política mais parcimoniosa, a melhor opção seria remover os obstáculos que impedem o desenvolvimento de determinados setores e não protegê-los. Deve-se privilegiar o incentivo ao crescimento da produtividade e não ações que compensem sua falta. Medidas dessa natureza seriam a qualificação da mão-de-obra, investimento em infraestrutura, melhoria do ambiente de negócios e redução da complexidade tributária e incerteza regulatória. Já políticas em larga escala devem ter foco limitado a setores

¹⁰⁴ CHANG, op. cit., p. 211-214.

¹⁰⁵ GONÇALVES, João Emilio Padovani. **Exigências de conteúdo local no Brasil**: análise à luz da teoria sobre política industrial. Campinas: Tese de doutorado em Economia da UNICAMP, 2016, p. 7. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/305661>>. Acesso em: 15/8/2017.

¹⁰⁶ OCDE (2011). **Demmand-side Innovation Policies**. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/inno/demand-sideinnovationpolicies.htm#get_the_book>. Acesso em: 31/8/2017.

¹⁰⁷ SCHYMURA e PINHEIRO, op. cit.

específicos, regras simples e prazo determinado para acabar, além de exigir contrapartidas dos beneficiados. Ao fim do prazo, o esquema de promoção e proteção (barreiras à importação, políticas de conteúdo nacional, etc) deve ser encerrado e as empresas devem ser capazes de sobreviver de forma competitiva sem as medidas protetivas até então vigentes. Apesar disso, é inevitável que haja o fim de algumas empresas/setores, quando o custo de mantê-los seja mais alto que os benefícios gerados. Finalizam afirmando que o maior desafio não é estabelecer as metas de desenvolvimento da indústria, mas efetivamente fiscalizar seu cumprimento, aspecto decisivo para o êxito de qualquer política industrial. Faz-se necessário, assim, uma significativa evolução institucional do Estado brasileiro, ainda carente de estruturas burocráticas eficientes para elaborar, executar e monitorar o cumprimento de tais políticas, especialmente cobrando o adequado desempenho das empresas beneficiadas.

Almeida¹⁰⁸ também aponta que a exigência de contrapartidas ou a definição de metas monitoráveis tem sido considerada pela literatura como condição inafastável para o sucesso de qualquer política industrial, bem como a existência de uma burocracia estatal competente. Segundo esse autor, outro ponto comum entre as diversas abordagens de política industrial é que os incentivos devem se basear na idéia de retorno social, de modo que o benefício para a sociedade oriundo do sucesso de determinado empreendimento seja superior ao benefício individual da empresa. É essa diferença positiva entre o retorno social e individual da atividade econômica que deve justificar o apoio do poder público. Finalmente, tendo em vista que 60% da mão-de-obra do Brasil se encontra no setor de serviços, aduz que medidas de política industrial também devem envolver esse setor, sem se limitar apenas a incentivos à indústria em sentido estrito.

Mendes¹⁰⁹ reconhece que a industrialização estimula aumentos de produtividade e que pode ser necessária certa proteção a uma indústria nascente, sem a qual a industrialização jamais ocorreria. Contudo, caso adotada tal proteção, deve ser limitada no tempo. Uma vez que a indústria seja instalada, ganhe escala e eleve sua produtividade a níveis internacionais, já não haverá mais razão para a proteção e subsídios. Esse caráter temporário do apoio estatal é importante, pois a indústria protegida só é estimulada a melhorar sua produtividade se vislumbrar a ameaça concreta de que no futuro terá que se defrontar sozinha com a

¹⁰⁸ ALMEIDA, Mansueto de. Padrões de política industrial: a velha, a nova e a brasileira. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 273-294.

¹⁰⁹ MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco?: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 151-164.

concorrência internacional. Pinheiro¹¹⁰ também reforça esse ponto, no sentido de que o objetivo da política industrial deve ser que os setores contemplados se desenvolvam em bases competitivas. Assim, embora possa implicar em algum tipo de proteção temporária, o sucesso da política deve resultar na exposição dos setores beneficiados à competição internacional.

Ao analisar a crescente dependência do Brasil em relação às *commodities*, Lazzarini, Jank e Inoue¹¹¹ sustentam que esse setor pode, ao contrário do que muitas vezes se afirma, apresentar ganhos de produtividade e de inovação similares ou mesmo superiores a outros setores da economia. Portanto, o que verdadeiramente importa não seria a maior ou menor dependência de *commodities*, mas sim reduzir a dependência da economia relativamente a poucos produtos e setores, sejam de *commodities* ou não.

Distinta é a opinião, dentre outros, de Gala,¹¹² o qual aponta, além da superior produtividade do setor industrial, os maiores efeitos de encadeamento por ele exercidos nas cadeias produtivas próprias e de outros setores, na medida em que a indústria de transformação “demanda insumos e oferta produtos de e para todos os demais setores da economia”. A produção manufatureira se caracteriza por um encadeamento longo de etapas produtivas, estimulando diversos setores econômicos. Na produção de um automóvel, por exemplo, é preciso antes fazer o motor, os pneus, os vidros, etc. Um encadeamento nessa extensão não surge na agricultura ou na extração de *commodities*. Pode até haver aumento de complexidade produtiva no agronegócio se os equipamentos e produtos químicos necessários forem feitos domesticamente e com qualidade, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e Canadá. Mas a agricultura pode simplesmente importar esses insumos e o setor “continuará a ser uma grande fazenda *high tech* que emprega pouca gente”, basicamente para dirigir os tratores importados. O caminho do desenvolvimento mostra que é preciso produzir algo complexo e não apenas soja, trigo e milho. Por tais razões, a desindustrialização e a reprimarização da pauta exportadora com o avanço das *commodities* constituem fatores importantes para a estagnação da produtividade da economia brasileira em sua história recente. Foram estimulados setores com baixos ganhos potenciais de produtividade, havendo perda de espaço do setor de manufaturas complexas, potencialmente rico em economias de escala. Esse caminho de regressão tecnológica seguido pelo país nos últimos vinte anos, com

¹¹⁰ PINHEIRO, Maurício Canêdo. A recente política industrial brasileira foi bem desenhada? In: BARBOSA, Nelson. MARCONI, Nelson. PINHEIRO, Maurício Canêdo. CARVALHO, Laura (orgs.). **Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2015, p. 443-466.

¹¹¹ LAZZARINI, JANK e INOUE, op. cit.

¹¹² GALA, op. cit., p. 37-38; 100-102.

a diminuição da sofisticação de seu tecido produtivo, seria a causa principal da referida estagnação da produtividade.

Também nesse sentido, McMillan, Rodrik e Verduzco-Gallo¹¹³ afirmam que os países que conseguiram sair da pobreza e tornar-se mais ricos são aqueles que diversificaram suas economias para além da agricultura e outros produtos tradicionais. Na medida em que o trabalho e outros recursos se transferem da agricultura para atividades econômicas modernas, a produtividade geral e a renda crescem.

Ao analisar a trajetória de crescimento em diversos países ao longo do período de 1950-2005, Szirmai¹¹⁴ conclui não restar dúvida que a manufatura constituiu importante motor do crescimento. E continua sendo um fator relevante, principalmente nos países em desenvolvimento. Argumenta que, nesses países, não há exemplos importantes de sucesso no desenvolvimento econômico desde 1950 que não tenham sido impulsionados pela industrialização.

Em uma perspectiva histórica de mais longo prazo, Chang¹¹⁵ identifica um padrão consistente de adoção de políticas industriais, comerciais e tecnológicas ativistas pelos atuais países ricos ao longo de seus estágios iniciais e intermediários de desenvolvimento. A passagem para atividades de maior valor agregado (como a indústria e serviços avançados), chave para o desenvolvimento, não teria se dado naturalmente, mas com o estímulo decisivo de políticas estatais focadas nesse sentido. É o que se observa desde a Inglaterra do século XV, passando pelos Estados Unidos do século XIX e primeira metade do século XX, até as economias do leste asiático no pós-guerra. A mudança teria sido apenas nos instrumentos envolvidos nesse esforço (mais variados e complexos com o passar do tempo), mas o padrão geral permaneceu o mesmo.

Também com base em extensa análise histórica, Reinert¹¹⁶ afirma ser incontestável o fato de que os países ricos se tornaram ricos porque, durante décadas ou mesmo séculos, seus governos e elites instituíram, subvencionaram e protegeram indústrias e serviços dinâmicos, conduzindo suas estruturas produtivas no caminho da fronteira tecnológica. Passaram, assim,

¹¹³ MCMILLAN, Margaret. RODRIK, Dani. VERDUZCO-GALLO, Íñigo. *Globalization, Structural Change, and Productivity Growth, with an Update on Africa*. In: **World Development**, Vol. 63, pp. 11–32, 2014. Disponível em: <http://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/globalization_structural_change_productivity_growth_with_africa_update.pdf?m=1435002696>. Acesso em: 1/9/2017.

¹¹⁴ SZIRMAI, Adam. *Industrialisation as an engine of growth in developing countries, 1950-2005*. In: **Structural Change and Economic Dynamics**, v. 23, p. 406-420, dezembro/2012.

¹¹⁵ CHANG, op. cit., p. 208.

¹¹⁶ REINERT, Erik S. **Como os países ricos ficaram ricos... e por que os países pobres continuam pobres**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 37-38; p. 60-61.

por uma longa fase sem livre comércio, que apenas se tornou desejável a partir de determinado momento. A disseminação da riqueza na Europa e nas outras regiões desenvolvidas do mundo teria resultado de políticas conscientes de fomento. Segundo o autor, as lições da história demonstram que “os ventos do mercado e do *laissez-faire*” apenas sopram na direção do progresso quando um alto nível de desenvolvimento já foi alcançado. Quanto mais pobre o país, menos isso ocorre. Eventuais efeitos positivos de uma maior liberalização comercial seriam, assim, uma questão de contexto e momento certos.

Nesse passo, vale notar que mesmo o pai do liberalismo econômico e da idéia da “mão invisível do mercado” como melhor forma de organização da economia também reconhecia a especial importância do setor manufatureiro para o desenvolvimento. Ao destacar a importância da divisão do trabalho para o incremento da capacidade produtiva das nações, Adam Smith ressaltava que tal divisão é levada ao extremo em países com grau mais alto de industrialização e progresso. A agricultura não admitiria tantas subdivisões do trabalho como a manufatura. Já naquela época (1776), observava que as nações mais ricas em geral superam os seus vizinhos tanto na agricultura quanto na manufatura, mas normalmente se destacam mais por sua superioridade nesta do que naquela. Na agricultura, o trabalho nos países ricos nunca é tão mais produtivo quanto habitualmente se observa no caso da manufatura.¹¹⁷

Não se pretende aqui, dentro do limitado escopo deste trabalho, resolver a antiga disputa entre os economistas sobre quais as melhores políticas para se promover o desenvolvimento econômico e quais atividades devem ou não ser objeto de incentivo estatal. Apesar disso, não se pode deixar de apontar a existência de fundamentos teóricos e empíricos que justificam a adoção de políticas públicas ativas para a promoção de atividades econômicas dotadas de maior complexidade.

O Atlas de Complexidade Econômica, desenvolvido pela Universidade de Harvard e MIT, fornece subsídios que apontam nesse sentido. Essa ferramenta adota, como indicadores da complexidade econômica de determinado país, a ubiquidade e diversidade dos produtos encontrados em sua pauta exportadora. Por tais critérios, uma economia será tanto mais complexa quanto mais seja capaz de produzir bens raros (não ubíquos) e diversificados.¹¹⁸ O grau de complexidade econômica pode ser um importante indicador do nível de desenvolvimento econômico. Para os autores do atlas, a complexidade afeta o nível de renda

¹¹⁷ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Petersfield: Harriman House, 2007, p. 4.

¹¹⁸ GALA, op. cit., p. 22.

per capita do país e influencia sua futura trajetória de crescimento. A chave para o desenvolvimento seria a acumulação de conhecimento produtivo e sua utilização em indústrias cada vez mais complexas.¹¹⁹ É algo que pode ser percebido ao se analisar o *ranking* de complexidade elaborado pelo atlas. Países como Japão, Alemanha, Suécia, Estados Unidos e Finlândia figuram entre os dez primeiros lugares do *ranking* relativo ao ano de 2016. Já Gabão, Moçambique, Costa do Marfim, Camarões e Nigéria se encontram entre os dez últimos de um total de 122 países. O Brasil, por sua vez, no *ranking* correspondente ao ano de 1995, figurava no 29º lugar entre 122 países considerados. A partir de então, apenas perdeu posições. Com base na última medição disponível, relativa ao ano de 2016, o país se encontra na posição 50.

Esse enfoque fornece importantes evidências empíricas em favor das escolas econômicas estruturalistas e desenvolvimentistas, ao atestar que os países ricos são os principais produtores e exportadores de produtos mais complexos, enquanto os países pobres se destacam na produção e exportação de bens mais simples, conforme extensa base de dados sobre o comércio internacional. A perspectiva histórica também reforça esse ponto de vista, na medida em que, ao longo de seu processo de desenvolvimento, os países atualmente mais avançados se utilizaram largamente de políticas protecionistas e de fomento à indústria (atividade dotada de maior complexidade), que só vieram a ser progressivamente abandonadas após seus setores empresariais terem alcançado a fronteira tecnológica, não mais dependendo do auxílio estatal para disputar mercados com os concorrentes estrangeiros.

É certo que há problemas e obstáculos para a implementação de políticas de fomento eficazes, que podem até mesmo não ter relação com a medida de incentivo em si mesma. Nesse passo, ainda que haja uma combinação e aplicação adequada das medidas de fomento disponíveis, a política pode não produzir os efeitos esperados em razão de outros fatores, com destaque especial para o câmbio. Isso porque uma taxa de câmbio demasiadamente valorizada tende a prejudicar o setor manufatureiro complexo, reduzindo sua lucratividade. Os produtos importados ficam mais baratos em relação aos nacionais. As importações aumentam e as exportações caem.¹²⁰ A depender do nível dessa valorização, ela pode tornar inúteis os esforços em termos de política industrial. De modo que a taxa de câmbio é um fator

¹¹⁹ HAUSMANN, Ricardo. HIDALGO, César A. (ed.). *The atlas of economic complexity: mapping paths to prosperity*. Cambridge, Massachusetts, London, England: MIT Press, 2013, p. 51, 65. Disponível em: <<http://atlas.cid.harvard.edu/>>.

¹²⁰ GALA, op. cit., p. 103-106.

fundamental a ser considerado nas estratégias de desenvolvimento sustentável pela via de uma maior sofisticação produtiva.

Além disso, existem diversos exemplos de políticas de incentivo estatal mal-sucedidas. O conhecido argumento da “falha de governo” aponta para os riscos de ineficiência e captura da política por *lobbies* político-empresariais, de modo que os incentivos podem durar por tempo excessivo ou beneficiar certas atividades mais em virtude das pressões políticas e econômicas exercidas do que por critérios técnicos de promoção do desenvolvimento. Mas isso não quer dizer que tais riscos não podem ser adequadamente enfrentados e minimizados, com uma burocracia estatal mais eficiente e profissional, além do aprimoramento de medidas de controle e combate à corrupção e favorecimentos indevidos. Não deve ser justificativa para o abandono de toda e qualquer estratégia de política industrial. Mas sim estímulo para melhoria das políticas, com definição de prazos, metas e contrapartidas para os setores beneficiados, bem como ampliação do acompanhamento, controle e transparência das medidas adotadas.

Ainda que se deixe de lado essa discussão sobre a existência ou não de atividades econômicas intrinsecamente mais ou menos favoráveis ao desenvolvimento, pode-se vislumbrar um consenso mínimo quanto à importância da diversidade da pauta exportadora para o crescimento econômico. Parece intuitivo que, quanto mais diversificados sejam os produtos e serviços gerados por determinado país, menos estará sujeito a oscilações no mercado internacional. O caso de economias excessivamente dependentes do petróleo é ilustrativo a esse respeito, pois tendem a sofrer severos golpes quando há queda no preço mundial dessa *commodity*.

Há na literatura especializada, portanto, diversos argumentos que atestam a importância da indústria manufatureira para o desenvolvimento nacional e que justificam a adoção de medidas de incentivo ao setor. Ainda que seja apenas para promover a diversificação produtiva da economia, tornando-a menos dependente de poucos setores nos quais o país já detenha certas vantagens comparativas. Até mesmo Mendes, que é bastante crítico às políticas industriais adotadas no Brasil, reconhece que, em situações agudas de desequilíbrio, não se pode deixar amplos setores da indústria quebrar. Tais problemas conjunturais, no entanto, devem ser enfrentados por meio de medidas tópicas, a serem revogadas assim que os problemas sejam resolvidos.¹²¹

¹²¹ MENDES, op. cit.

À luz de tais subsídios, pode-se afirmar, em termos jurídicos, que medidas de fomento à indústria manufatureira podem ser compatíveis com a promoção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, conforme o nível de desenvolvimento ou de retrocesso observado no setor. O estabelecimento de preferências e benefícios para determinados setores da economia nacional (com destaque para a indústria), a depender de sua configuração normativa concreta, pode caracterizar discriminação válida para o alcance de finalidades constitucionalmente legítimas, pelo que não violariam o princípio da igualdade material. Assim, em relação ao tema específico objeto de análise, deve-se avaliar se a previsão das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, nos moldes atualmente previstos na Lei nº 8.666/93, atende ao que seria recomendável como política de estímulo destinada à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

6.3 Margens de preferência nas compras governamentais como ferramenta de promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Vale reiterar que a presente exposição não objetiva nem de longe esgotar a abordagem econômica da matéria, sob pena de fugir aos limites de uma análise que se pretende eminentemente jurídica. Busca-se apenas ilustrar alguns posicionamentos existentes na literatura especializada acerca da utilização de margens de preferência nas compras governamentais para fomentar o desenvolvimento econômico. O que se considera necessário para, em última análise, avaliar a compatibilidade do tratamento preferencial a bens e serviços nacionais nas licitações públicas com o princípio constitucional da igualdade material, à luz da finalidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Com efeito, a adoção de critério distintivo que não leve em conta a finalidade precípua de seleção da proposta técnica e economicamente mais vantajosa, para o cumprimento do específico objeto do contrato, apenas pode ser tida como juridicamente legítima se o critério eleito for efetivamente idôneo para o alcance de outra finalidade de natureza constitucional. Deve-se verificar se há alguma base analítica e empírica que permita identificar uma mínima relação de causalidade entre a instituição de margens de preferência nas compras públicas para bens e serviços nacionais e a finalidade perseguida. No caso, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Daí a importância de se avaliar como autores da área de Economia abordam o uso do poder de compra estatal como instrumento de promoção do desenvolvimento econômico.

Como visto, o objetivo da política industrial não deve ser a mera proteção de setores nacionais que encontram dificuldade em competir no mercado externo. Há certo consenso entre os economistas que a exposição à competição é importante para gerar ganhos de

produtividade na economia e favorecer o desenvolvimento econômico. A proteção pura e simples pode gerar mais prejuízos que benefícios, ante a falta de incentivos para que as empresas beneficiadas inovem e modernizem seu processo produtivo, tornando obsoletos os setores protegidos com grande custo para o Poder Público. Em determinadas situações, contudo, pode ser necessário algum “empurrão” do Estado para que setores pioneiros ou em grave dificuldade consigam se desenvolver de forma adequada. Sempre, ressalte-se, com a perspectiva de futura remoção do benefício.

Um dos instrumentos que pode ser utilizado para o fomento estatal de atividades econômicas privadas é o estabelecimento de margens de preferência nas compras governamentais, conforme previsto na lei geral de licitações após as alterações introduzidas pela Lei nº 12.349/10. Ainda com fundamento na literatura econômica, são apontadas algumas críticas contra esse mecanismo. Nesse passo, é de ver-se que críticas relativas à perda de eficiência econômica nas contratações apresentam menor relevância. Em se tratando do uso do poder de compra estatal como política de incentivo econômico, a majoração dos custos das contratações públicas com aplicação das margens é um efeito esperado de tal política. A análise desse aspecto é importante para avaliar se os custos incorridos justificam os eventuais benefícios obtidos, mas a mera constatação da perda de eficiência decorrente da escolha de proposta distinta da economicamente mais vantajosa não é suficiente para invalidar a política pública em questão.

Nesse passo, é oportuno registrar as seguintes objeções: a necessidade de substanciais recursos de tempo e dinheiro para se elaborar um programa de margens de preferência; a dificuldade de se definir de forma ótima os valores das margens de preferência, bem como os setores a serem contemplados; o risco de os gestores serem indevidamente influenciados por *lobbies* empresariais na definição das margens; dificuldade em fiscalizar se os produtos são realmente de fabricação nacional ou apenas maquiados como nacionais; possibilidade de questionamentos administrativos ou judiciais por parte de empresas que tenham sido preteridas; existência de alternativas menos problemáticas que as margens de preferência para se buscar os mesmos objetivos, como desonerações tributárias; possibilidade de o benefício privado ser maior que o social, com a manutenção artificial de empresas inviáveis com alto custo e em prejuízo da economia em geral; incentivos negativos para que o setor empresarial dê preferência à atividade de *lobby* para influenciar a ampliação das margens em detrimento da redução dos custos de sua atividade e promoção da eficiência

econômica; provável manutenção das preferências por prazo indeterminado, ainda que já se tenham alcançado os ganhos de eficiência perseguidos.¹²²

Grande parte dessas objeções são de natureza extrajurídica e inerentes a qualquer política industrial, não cabendo um maior aprofundamento dentro dos limites do presente trabalho. É o caso da necessidade de se destinar recursos significativos para a implantação do programa de margens de preferência. Além disso, parece se tratar de uma restrição que pode ser levantada contra programas governamentais de forma geral. É o tipo do argumento que prova demais, não revelando característica específica da política de margens de preferência. A dificuldade de se definir o percentual mais adequado das margens de preferência, bem como os setores a serem beneficiados, também se trata de uma questão técnica extrajurídica passível de ser levantada em relação a políticas industriais de forma geral, a exemplo de incentivos fiscais. O mesmo pode ser dito quanto à possibilidade de captura dos tomadores de decisão por grupos de interesse empresariais, inclusive mediante práticas criminosas de corrupção. De qualquer forma, vale analisar se a lei pode contribuir de algum modo para o enfrentamento dessas questões.

Uma forma de se enfrentar boa parte desses riscos é mediante a exigência de análises técnicas de custo-benefício ou avaliações de impacto previamente à adoção de qualquer margem de preferência específica. Como já exposto neste trabalho, tais avaliações podem ser importante instrumento para a maior eficiência da atividade de fomento estatal. Por meio de uma adequada avaliação dos custos envolvidos e dos benefícios que se pode razoavelmente esperar da política, pode-se alcançar uma decisão mais bem informada e menos sujeita a pressões político-empresariais. Ainda que não sejam vinculantes da decisão a ser tomada pelo governo democraticamente eleito e legitimado a adotar a política econômica que entenda mais adequada, é importante que seja dada a devida publicidade a tais estudos, para que não possam ser simplesmente ignorados pelos gestores sem maiores consequências. Também seria recomendável exigir dos tomadores de decisão que, na hipótese de não acatarem as conclusões dos estudos realizados, exponham as razões que os levaram a decidir em sentido contrário à análise técnica. Em relação a tais aspectos, a lei pode exigir tanto a realização dos estudos técnicos como a publicação de seus resultados e das razões dos gestores para decidir em sentido diverso ao recomendado pelos especialistas consultados. Exigências legais dessa

¹²² CASTRO, Luciano de. **O que são margens de preferência e como elas afetam as compras públicas?** Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/12/05/o-que-sao-margens-de-preferencia-e-como-elas-afetam-as-compras-publicas/>>. Acesso em: 22/8/2017.

ordem poderiam minimizar os riscos de inadequada configuração da política de margens de preferência, seja por incapacidade técnica ou por submissão dos gestores a grupos de pressão.

Os incentivos inadequados que levam à ampliação da atividade de *lobby* empresarial em prejuízo da promoção da eficiência e redução de custos da atividade econômica, bem como a manutenção indefinida dos benefícios independentemente dos resultados alcançados, também podem ser minorados pelos estudos técnicos nos moldes acima descritos. Para evitar essa possível duração indeterminada no tempo, os estudos técnicos iniciais devem ser periodicamente revistos, a fim de avaliar os resultados efetivamente obtidos. Deve-se analisar se as medidas de fato contribuíram para os objetivos esperados e se ainda há fundamento para sua manutenção. Se as medidas se revelarem inócuas ou se, ao contrário, os resultados pretendidos já tiverem sido plenamente alcançados, com significativo ganho de eficiência pelo setor beneficiado, em princípio não haverá mais razão para sua continuidade. Por outro lado, na hipótese das medidas terem surtido parte dos efeitos esperados na promoção da eficiência econômica, mas ainda não no nível desejado de assegurar autonomia ao setor protegido para competir no mercado externo, pode ser o caso de renovar os benefícios. De todo modo, é necessário que haja a possibilidade real e não apenas teórica de remoção dos benefícios, para que não prevaleçam os incentivos nocivos acima referidos, que configuram uma espécie de “risco moral” das políticas de fomento. Aqui a legislação também pode exercer um papel importante para regulamentar esses pontos, deixando claro o caráter temporário e condicional das margens de preferência.

Quanto a dificuldades de fiscalização acerca da efetiva nacionalidade dos produtos, a legislação pode estabelecer os parâmetros mínimos para se considerar determinado produto ou serviço como nacional, bem como as competências para fiscalização. Mas a atividade efetiva de fiscalizar vai depender das condições de material e pessoal disponíveis na Administração Pública. Mais uma vez, como ocorre na generalidade das atividades administrativas, não sendo uma peculiaridade da política de margens de preferência.

A possibilidade de questionamentos administrativos ou judiciais por empresas preteridas pela política de fomento também faz parte da vida normal da Administração em um Estado Democrático de Direito. Para diminuir sua incidência, a legislação pertinente deve procurar privilegiar, na medida do possível, regras simples, claras e precisas; sem pretensão, contudo, de eliminar qualquer possibilidade de questionamento.

Também não parece claro que desonerações tributárias sejam preferíveis a margens de preferência nas compras públicas. Trata-se, a rigor de opções à disposição dos governantes democraticamente eleitos, de acordo com as diretrizes de política industrial e comércio

exterior da gestão. Nesse passo, é de ver-se que a política industrial não se esgota necessariamente em uma única espécie de medida, podendo combinar incentivos fiscais com o uso do poder de compra do Estado e outras providências, a depender das legítimas opções políticas e análises técnicas realizadas. Aliás, dificilmente uma política industrial será efetiva se adotar isoladamente um único tipo de medida. As margens de preferência nas compras governamentais não têm o condão de, por si só, promover a modificação da estrutura produtiva do país, pavimentando o caminho do desenvolvimento econômico rumo a uma maior sofisticação produtiva.

Apesar das críticas tratadas acima, há economistas que reconhecem a importância das margens de preferência nas compras públicas como meio de fomento à economia nacional. Stiglitz e Charlton argumentam que políticas de compras governamentais têm importante papel econômico e social, especialmente nos países em desenvolvimento. Podem ser utilizadas para incentivar indústrias domésticas ou encorajar o desenvolvimento de setores específicos de interesse nacional. Apontam que o nível dos gastos e a tentativa de direcioná-los para bens produzidos localmente constitui um importante instrumento macroeconômico, principalmente durante períodos de recessão, para combater a desaceleração econômica. Se a participação estrangeira aumenta, haverá desperdícios nas tentativas do governo de estimular a economia por meio do uso de seu poder de compra durante períodos de desaceleração.¹²³

Além do aspecto relacionado ao incentivo da produção nacional, a literatura econômica também registra a possibilidade de que as margens de preferência reduzam o custo das compras públicas, o que parece contraintuitivo, na medida em que, pelo mecanismo em análise, a Administração se dispõe a pagar mais pela aquisição de produtos e serviços nacionais. A tese é que, em um contexto de assimetria de informações, o tratamento diferenciado em favor dos competidores em situação inicial desvantajosa pode forçar os demais a abrirem mão de parte de seus lucros em face do risco de a Administração comprar do fornecedor beneficiado pela margem.¹²⁴ Nesse sentido, McAfee e McMillan apontam que as preferências nas compras públicas podem apresentar inesperados e benéficos efeitos colaterais, promovendo a competição e reduzindo o preço pago pelo governo para aquisição do item pretendido. Políticas de margens de preferência, portanto, podem não ser tão custosas quanto aparentam à primeira vista. Isso porque favorecer os competidores com maiores custos aumenta a probabilidade de que sejam contratados, mas também aumenta a pressão

¹²³ STIGLITZ, Joseph E. CHARLTON, Andrew. *Fair Trade For All: how trade can promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 274.

¹²⁴ CASTRO, op. cit.

competitiva nos competidores com menores custos, forçando-os a diminuir o valor de suas propostas.¹²⁵

Paradoxalmente, portanto, políticas de preferência podem até mesmo ser calibradas tendo em vista a finalidade de seleção da proposta economicamente mais vantajosa para a Administração e não a promoção do desenvolvimento pela contratação de produtos e serviços locais. É certo, contudo, que as margens de preferência previstas na Lei nº 8.666/93 não foram instituídas com esse objetivo de reduzir os custos da contratação, mas sim o de estimular a produção nacional. A eventual redução de custos seria um resultado acidental e não intencional da política pública em questão, embora também consentâneo com outro princípio fundamental das licitações.

6.4 As margens de preferência na Lei nº 8.666/93

Como já anotado em outras passagens, as alterações introduzidas pela Lei nº 12.349/10 na Lei nº 8.666/93 incluíram a previsão da possibilidade de o Poder Executivo instituir margens de preferência em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Como política específica de estímulo à inovação pelo lado da demanda, pode ser estabelecida uma margem adicional para produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país. A soma da margem de preferência normal com a adicional não pode superar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. A lei também prevê que as margens não se aplicam aos bens e serviços cuja capacidade de produção no país seja inferior à quantidade a ser adquirida e contratada.

A previsão das margens de preferência atendeu às justificativas expostas na exposição de motivos da medida provisória que originou a Lei nº 12.349/10, já referida anteriormente. Em síntese, tais justificativas dizem respeito ao diagnóstico de perda de espaço da indústria na economia nacional. Esse diagnóstico, como visto, encontra fundamento em diversas análises da literatura especializada, bem como a importância de enfrentamento do problema, com o objetivo de reverter o processo de desindustrialização.

A moldura legal flexível instituída pela Lei nº 12.349/10 permite que as margens de preferência sejam estabelecidas por decreto de forma específica e temporária, conforme as

¹²⁵ MCAFEE, R.P. MCMILLAN, J. *Government Procurement and International Trade*. In: **Journal of International Economics** 26 (1989), p. 291-308.

características e importância de cada setor, podendo ser revogadas diretamente pelo Executivo, quando se revelem ineficazes ou após o alcance de seus objetivos. Ou mesmo em caso de mudança das diretrizes de política industrial e comércio exterior do governo. Foi o que ocorreu recentemente, com o abandono da política pelo governo atual, comprometido com uma estratégia liberalizante, de redução do papel do Estado na economia. E isso se verificou sem necessidade de modificação legislativa, pela simples não prorrogação dos decretos que estabeleciam as margens de preferência. Futuramente, eventual mudança na gestão poderá reverter esse processo, com a retomada da política de margens de preferência para enfrentar o processo de desindustrialização. Tudo isso, reitere-se, sem necessidade de alteração na lei, mediante a legítima edição de decretos do Executivo. A lei, portanto, não impõe a previsão de margens de preferência nas licitações para bens e serviços nacionais em geral, apenas autoriza seu estabelecimento pelo Poder Executivo.

A par da manufatura, também foi prevista a possibilidade de margens de preferência para serviços nacionais. O que vai ao encontro da importância do setor de serviços na economia nacional, especialmente para o nível de emprego. Como já destacado, estima-se que cerca de 60% da mão-de-obra nacional se encontra alocada no setor de serviços. A necessidade de respeito a normas técnicas brasileiras revela a preocupação com exigências básicas de qualidade dos produtos e serviços contratados, além de sua mera nacionalidade. E a previsão de margem adicional para produtos e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país pode servir como incentivo a setores inovadores, de grande importância para o processo de desenvolvimento econômico.

Além disso, de acordo com os termos legais, o Executivo não é livre para fixar as margens de preferência que bem entenda. A fixação das margens deve tomar por base estudos técnicos a serem revistos periodicamente, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, que levem em consideração os efeitos na geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, custo adicional dos produtos e serviços, e análise retrospectiva dos resultados obtidos. Tais estudos, portanto, devem analisar as externalidades positivas esperadas dos estímulos promovidos por meio das preferências em compras públicas. De modo que a eventual fixação de margem de preferência para determinado produto sem que tenha sido realizada a prévia avaliação técnica incorrerá em vício de flagrante ilegalidade, por ofensa ao disposto no § 6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. Também a prorrogação da preferência para período superior a 5 (cinco) anos depende da renovação dos estudos técnicos, com análise retrospectiva dos resultados eventualmente obtidos. Embora não haja previsão expressa a respeito, é necessário que tais estudos também

analisem se a capacidade de produção ou prestação dos produtos e serviços nacionais é capaz de atender à demanda da Administração. Em caso negativo, a preferência não deve ser estabelecida, como deixa claro o § 9º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

A exigência de estudos técnicos prévios e posteriores à aplicação das margens é importante para dificultar a captura dos tomadores de decisão por grupos de interesse empresariais, dotando a decisão de um caráter mais técnico e permitindo uma maior fiscalização social do processo decisório. Embora seja necessário conferir maior publicidade a esses estudos, com acesso amplo aos interessados.

Com efeito, a lei incorreu em grave falha ao não prever a ampla publicidade das análises realizadas. O acesso a tais estudos técnicos é fundamental para se avaliar a efetiva legalidade das margens de preferência instituídas por decreto. Em pesquisa realizada na internet, especialmente nos sítios eletrônicos do Ministério da Indústria e Comércio Exterior e do Ministério da Fazenda, não foram localizados os estudos que fundamentaram a opção pelos itens beneficiados, apesar de terem sido editados diversos decretos estabelecendo margens de preferência para vários produtos nacionais. A falta de tais informações levou, inclusive, o Tribunal de Contas da União a determinar ao Ministério da Fazenda a disponibilização desses dados na internet.¹²⁶ De todo modo, foi localizado estudo retrospectivo realizado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda em 15/12/2015, referente à avaliação de impacto das margens de preferência em geral até então estabelecidas nas compras governamentais, o qual será objeto de análise abaixo.

Em face das características acima expostas, as margens de preferência, na forma que se encontram previstas em lei, parecem atender às exigências inclusive dos especialistas mais críticos a políticas de fomento à indústria nacional. Revelam-se, assim, como um dos instrumentos (dentre outros, como incentivos fiscais) que o governo federal pode adotar para estimular a economia nacional, especificamente a produção de manufaturados e a prestação de serviços nacionais. Reitere-se que não há a obrigatoriedade de sua utilização nem a imposição de uma margem de preferência fixa. A lei estabeleceu uma faculdade a ser exercida legitimamente pelos governos democraticamente eleitos, a depender da política econômica adotada e dos estudos técnicos que devem ser realizados prévia e posteriormente ao eventual estabelecimento das margens por decretos específicos. Sempre tendo em vista a finalidade constitucional de promoção do desenvolvimento econômico nacional.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão de Relação nº 1.765/15 - Plenário**. Relator: Augusto Nardes. Sessão: 22/7/2015 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 23/8/2017.

Conclui-se, assim, que a configuração legal do mecanismo das margens de preferência, na forma prevista na Lei nº 8.666/93, não revela traço de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia. O critério discriminatório se afigura como válido, eis que sujeito a necessárias ponderações e estudos de ordem técnica, a fim de avaliar a pertinência das margens específicas a serem implantadas com o alcance dos objetivos definidos em lei, consentâneos com a finalidade de promoção do desenvolvimento. Margens que, mesmo após estabelecidas, devem ser submetidas a constante revisão acerca de sua real eficácia.

Apesar disso, ao menos dois pontos poderiam ser aperfeiçoados na legislação. Em primeiro lugar, mediante a exigência expressa de que seja dada a mais ampla publicidade possível aos estudos técnicos realizados, inclusive na rede mundial de computadores. O que permitiria um efetivo acompanhamento social e pelos órgãos de controle quanto às razões que fundamentaram o estabelecimento das margens de preferência e sua eventual prorrogação. A maior transparência e controle do processo decisório seria útil para reduzir a influência de *lobbies* empresariais comprometidos com interesses exclusivamente privados.

O outro ponto seria um maior destaque quanto ao caráter temporário do benefício, o qual poderia ser expressamente vinculado a contrapartidas dos beneficiários, no sentido de reduzirem seus custos e ampliarem sua eficiência e competitividade em determinado lapso temporal, permitindo a posterior redução ou supressão das margens. A vinculação a metas factíveis e verificáveis poderia contribuir para reduzir os incentivos negativos à paralisação do setor protegido com crescente perda de competitividade. E seria compatível com os objetivos recomendados para uma política industrial adequada, que consiste em promover ganhos de eficiência e competitividade da produção nacional em relação à estrangeira, para que dependa cada vez menos de apoio estatal. Tudo isso sem perder de vista o fato de que a política industrial não deve se limitar apenas ao direcionamento do poder de compra do Estado, englobando outras medidas tanto pelo lado da demanda como da oferta. Além de depender de outros fatores, como uma taxa de câmbio não muito valorizada.

Finalmente, tendo em vista a existência de estudo técnico elaborado no âmbito do Ministério da Fazenda, por meio de sua Secretaria de Política Econômica, sobre o efetivo impacto das margens de preferência então existentes nas compras públicas (15/12/2015), é oportuno observar quais foram suas conclusões. Até mesmo para se verificar, com base em dados empíricos, se as margens até o momento aplicadas teriam efetivamente contribuído para a finalidade constitucional de interesse público em exame. A qual, em última análise, é que confere fundamento jurídico para o tratamento discriminatório em favor da produção nacional.

6.5 Avaliação de impacto da aplicação das margens de preferência entre 2012 e 2015

Em 15/12/2015, data de apresentação do relatório final referente à “Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais”¹²⁷, elaborado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, havia 16 (dezesseis) decretos de margens de preferência vigentes (entre normais e adicionais), abrangendo desde calçados até aeronaves executivas.¹²⁸ Apenas um se referia a margem de preferência para serviços, quinze deles possuíam prazo de vigência até 31/12/2015 e um até 30/6/2017 (Decreto nº 7.767/12).

Na avaliação de impacto foram utilizados os dados das compras realizadas para atender à Administração Pública federal, sob a gestão do Ministério do Planejamento, disponíveis no portal de compras governamentais. A análise técnica considerou como choque de demanda o valor total das compras em que houve a aplicação efetiva das margens, com a contratação dos fornecedores de bens e serviços nacionais por elas beneficiados. A partir desse valor se estimou os impactos sobre o valor da produção, o PIB, salários e remunerações, arrecadação tributária, renda e empregos gerados. Tais impactos foram decompostos em: impacto direto, relativo aos efeitos sobre a atividade beneficiada e seus fornecedores diretos; impacto indireto, relativo à cadeia produtiva dos fornecedores diretos; e impacto induzido, relativo ao aumento do consumo devido ao crescimento da renda familiar.

O estudo destaca que a utilização das margens de preferência foi bastante tímida no período analisado (2012 a julho/2015). Observa que não foi efetivada nenhuma licitação com margem de preferência para serviços; apenas para produtos manufaturados, portanto. O valor total das compras com previsão de aplicação da margem foi de R\$ 8,04 bilhões, enquanto o valor total das aquisições do Governo Federal no período foi de R\$ 280,8 bilhões. Em relação às compras públicas da União em 2015, 2014, 2013 e 2012, apenas 1,02%, 0,73%, 0,44% e 0,11%, respectivamente, foram realizadas com aplicação de margem de preferência. Podemos acrescentar que essa situação pouco se alterou nos dois anos posteriores. Em 2016, as compras com aplicação das margens de preferência totalizaram 1,33% do total; em 2017, conforme os dados disponíveis até 6/12/2017, esse percentual era de 0,86%, até mesmo em virtude da não renovação da vigência dos decretos que estabeleceram as margens.

¹²⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. **Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais**. Relatório final, 15/12/2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em: 31/5/2017.

¹²⁸ Decretos nº 7.756/12, 7.709/12, 7.713/12, 7.767/12, 7.812/12, 7.810/12, 7.816/12, 7.840/12, 7.843/12, 7.903/13, 8.186/14, 8.185/14, 8.184/14, 8.194/14, 8.223/14, 8.224/14.

Constatou-se que, em geral, a participação de fornecedores de produtos nacionais é superior em relação aos produtos estrangeiros, totalizando em torno de 64,2% do total de lances registrados na amostra de licitações considerada. Em termos setoriais, contudo, o estudo observou uma menor participação dos produtos nacionais em setores de conteúdo tecnológico mais alto, reproduzindo a menor competitividade da estrutura industrial brasileira nesses segmentos.

A aplicação da margem de preferência foi prevista em 24.325 itens, cuja aquisição totalizou o valor global de R\$ 8,04 bilhões (atualizados para julho/2015). Desse total, 14.346 foram arrematados por fornecedores nacionais (59%) e 9.962 por fornecedores estrangeiros (41%), nos valores, respectivamente, de R\$ 5,61 bilhões e R\$ 2,43 bilhões. Dos 24.325 itens em que foi prevista a aplicação da margem de preferência, sua concessão efetiva ocorreu somente em 1.060, correspondendo a 4,4% do quantitativo total. Dito de outra forma, a previsão das margens de preferência nas licitações contribuiu para elevar a participação da produção nacional nas compras públicas de 54,6% para 59%, relativamente aos setores especificamente beneficiados pela política. O valor total das aquisições com aplicação da margem foi de R\$ 843,85 milhões, correspondente a 10,53% do valor global arrematado no conjunto das licitações com previsão da margem. O custo adicional da política para aquisição de produtos de procedência nacional totalizou R\$ 62,41 milhões, correspondente a 0,78% do valor total das licitações realizadas com previsão de margem de preferência e a 7,99% do valor dos itens arrematados com efetiva aplicação da margem.

Uma primeira conclusão a que o estudo chegou é que a aplicação das margens não produziu o efeito de redução dos preços, em virtude de um possível comportamento mais agressivo dos fornecedores estrangeiros, conforme cogitado no artigo acima referido de McAfee e McMillan. Aparentemente, esse comportamento não se verificou de forma significativa. O que não chega a ser um problema, pois o objetivo principal da política ora em análise não é obter menores preços nas compras governamentais, mas sim facilitar a contratação pública de produtos e serviços nacionais para estimular a atividade econômica interna. Os possíveis custos maiores das contratações são inerentes à política de preferência adotada com esse objetivo. Não obstante, o estudo sugere que eventuais ajustes nas regras dos leilões utilizados poderiam gerar incentivos para que também se obtenha uma redução de preços pela presença das margens. Mas não aprofunda esse ponto.

Quanto à alocação adicional de recursos públicos para a aquisição de produtos nacionais, as conclusões da avaliação de impacto foram, em linhas gerais, positivas quanto aos efeitos das margens de preferência nos processos licitatórios em que efetivamente

aplicadas. Concluiu-se que, em todos os setores em que as compras públicas foram induzidas pelas margens, houve impactos positivos em relação aos aspectos indicados no início deste tópico. De acordo com o estudo, “os dados mostraram que as margens efetivamente têm efeito de induzir a seleção competitiva de fornecedores nacionais em um número significativo de certames e setores”, afirmando, ainda, que “os impactos positivos sobre o emprego e a renda puderam ser calculados com base no volume de compras induzido diretamente pelas margens”. Como conclusão final, aponta que “os parâmetros atuais da política atendem aos requisitos de eficácia para a geração de emprego e valor da produção doméstica”, embora recomende o aprimoramento dos instrumentos de análise para avaliação dos benefícios requeridos pela lei. Também ressalta a importância de que a implantação da política de preferências não chegue ao ponto de impedir a competição, o que colocaria em risco a competitividade da indústria nacional no longo prazo. Diante do exposto, a avaliação de impacto recomendou a renovação das margens de preferência já concedidas por mais um ano, bem como a manutenção das margens de preferência adicionais também previstas nos decretos do Executivo. Em conformidade com essa recomendação, os decretos cuja vigência se encerraria tiveram seu prazo prorrogado até 31/12/2016, por meio do Decreto nº 8.626, de 30/12/2015.

Apesar de tais conclusões, Rosilho e Braga¹²⁹ criticam a referida prorrogação das margens de preferência justamente com base na avaliação de impacto do Ministério da Fazenda. Argumentam que a metodologia empregada (matriz insumo-produto) possui falhas, não permitindo avaliar o impacto efetivo das margens na economia nacional. Além disso, os testes econométricos realizados pelo próprio estudo teriam concluído que a política de margens de preferência teve como único efeito significativo o aumento do custo das compras governamentais. Não teriam sido “encontradas evidências de que as margens geraram mais empregos ou resultaram em licitações mais competitivas ou incrementaram as receitas tributárias”. Finalmente, a análise não teria levado em conta os custos relacionados ao aumento da burocracia nas licitações e à própria elaboração de estudos periódicos sobre os resultados da política pública. Assim, a análise retrospectiva realizada pelo próprio governo federal não teria demonstrado “nenhum efeito benéfico concreto sobre a geração de emprego e renda, a arrecadação de tributos ou o desenvolvimento tecnológico do país”, pelo que não haveria justificativa para a prorrogação dos decretos.

¹²⁹ ROSILHO, André. BRAGA, André de Castro O.P. **Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>>. Acesso em: 24/8/2017.

Nesse passo, vale registrar que, embora critiquem a referida avaliação de impacto e a subsequente prorrogação das margens, os autores referidos reconhecem que avaliar, mesmo retrospectivamente, os resultados de qualquer política pública é tarefa muito complexa, que envolve inúmeras variáveis e diversos caminhos metodológicos. Não haveria, assim, um método ideal para esse tipo de análise, sendo notória a dificuldade das ciências sociais em demonstrar relações de causalidade. Por tais razões, a política pública em exame pode efetivamente precisar de mais tempo de maturação. Em sua visão, é razoável supor que as margens de preferência podem vir a produzir os efeitos esperados mesmo que isso não se verifique após uma primeira avaliação. Afirmam que o objetivo da política é nobre e o mecanismo pode ser interessante em contextos específicos, mas precisa de ajustes “para que o custo (financeiro, de burocracia e de complexidade) inerente ao sistema de margem de preferência realmente valha a pena”. Do contrário, pode ser melhor revogá-lo.

A crítica parece dizer mais respeito aos métodos empregados na análise técnica realizada, especialmente o de matriz insumo-produto. Quanto aos testes econométricos não terem encontrado evidências de efeitos das margens de preferência na geração de empregos e receitas tributárias, é de ver-se que esse não foi seu objetivo. O trecho da avaliação pertinente às “estimativas econométricas” deixa claro que o parâmetro de interesse é o efeito médio da elegibilidade à margem sobre os resultados das licitações. De modo a analisar, especificamente, se a previsão da margem afeta as decisões estratégicas dos fornecedores, “uma vez que se saiba que um fornecedor de produtos nacionais terá vantagem sobre produtos estrangeiros”. Isso porque, diante de uma concorrência mais difícil, o fornecedor estrangeiro pode tanto fazer lances mais agressivos como desistir da licitação. E sua estratégia pode afetar o comportamento do fornecedor nacional, “induzindo-o a realizar lances mais baixos ou não, a depender da situação observada em cada certame”. Assim, a análise econométrica teve por finalidade precípua aferir os efeitos das margens nos preços finais obtidos, a fim de confirmar ou não a tese de McAfee e McMillan, no sentido de que as margens de preferência podem acarretar a redução dos preços praticados. E não os efeitos sobre emprego, renda e arrecadação tributária. Quanto a esses aspectos, a conclusão do estudo foi expressamente positiva, como visto, no sentido de que as compras públicas realizadas com margens de preferência produziram efeitos positivos na geração de emprego e renda, arrecadação tributária, dentre outros aspectos. Não se observa, assim, qualquer contradição entre a análise realizada e suas conclusões, ao contrário do que afirmam os autores citados. De modo que havia sim justificativa para a prorrogação dos decretos, com base nas razões técnicas apontadas pela avaliação de impacto.

Em relação a eventuais falhas técnicas no método empregado, trata-se de matéria extrajurídica, que foge aos limites do presente estudo. É certo que as avaliações devem ser constantemente aprimoradas, com eventuais revisões das metodologias utilizadas e consideração de outros custos que porventura não tenham sido abordados. Um possível ajuste seria concentrar o foco da política em setores de maior complexidade, que possuam significativo potencial multiplicador em sua cadeia produtiva e de inovação tecnológica, e nos quais a indústria nacional apresente déficit de competitividade em relação a fornecedores estrangeiros. Mas isso não permite concluir que não havia razões técnicas para justificar a prorrogação então realizada. Diante dos resultados positivos destacados pela avaliação de impacto nos poucos casos em que as margens foram efetivamente aplicadas, havia razões não para a suspensão, mas para a ampliação da política, com os ajustes eventualmente necessários.

Aparentemente, não houve elaboração de outra avaliação de impacto além daquela já referida, realizada no final de 2015 e cuja conclusão foi favorável à manutenção e ampliação da política, sem prejuízo dos ajustes necessários. Na pesquisa realizada, localizou-se apenas esse estudo. Assim, não foi possível identificar razões de ordem técnica que pudessem justificar o abandono da política de margens de preferência nas licitações do Governo Federal.

Não obstante, em consulta ao *site* de legislação da Presidência da República, não se localizou nenhum decreto em 2016 ou 2017 que tenha realizado nova prorrogação ou estabelecido nova margem de preferência para produtos ou serviços nacionais. De modo que, atualmente, não há nenhum decreto prevendo a aplicação de margem de preferência nas compras públicas. Esse abandono da política pública em exame foi confirmado pelo Ministro da Fazenda em apresentação realizada ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social em março de 2017, sobre a “retomada do crescimento econômico”, ocasião na qual apontou, dentre as medidas liberalizantes adotadas pelo governo, o fim da margem de preferência nas compras governamentais, relacionado ao compromisso da gestão “com a redução do papel do Estado na economia”.¹³⁰ Certamente, essa nova postura do Executivo pode ser atribuída à drástica mudança de governo verificada em 2016, com o *impeachment* da então presidente eleita.

Reitere-se, contudo, que a moldura legal flexível do mecanismo da margem de preferência permite tanto sua aplicação como seu abandono pelo Poder Executivo, à luz tanto de considerações técnicas específicas como das linhas gerais da política econômica seguida

¹³⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Retomada do Crescimento Econômico**, março/2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/2017/2017-03-07_apresentacao_henrique-meirelles_cdes.pdf>. Acesso em: 1/8/2017.

pelo governo. As avaliações de impacto exigidas pelo § 6º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 não vinculam a decisão a ser tomada, embora sejam importantes para sua motivação e controle social, mediante a devida publicidade de tais estudos. E assim deve ser. Como bem anotam Rosilho e Braga, o eventual caráter vinculante da análise técnica tornaria ilegal qualquer decreto que previsse margem de preferência em desconformidade com suas orientações. Isso geraria fortes incentivos a pressões para que os estudos apenas corroborassem a vontade do Executivo.¹³¹ Ainda que tais pressões certamente já existam, o caráter expressamente vinculante das análises teria o potencial de agravar esse problema.

Finalmente, à luz da exposição empreendida ao longo deste capítulo, pode-se concluir que o mecanismo legal das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, na forma instituída pela Lei nº 12.349/10, é compatível com o princípio constitucional da isonomia em seu sentido material. Sua utilização nas licitações públicas pode ser apto a direcionar recursos para o fomento da indústria manufatureira nacional e do setor de serviços sofisticados, de modo a promover o desenvolvimento em diversos aspectos, como geração de emprego e renda e inovação tecnológica. Para tanto, a utilização das margens deve ser focada principalmente em setores específicos de maior complexidade tecnológica e nos quais a produção nacional tenha sofrido perda de competitividade em relação a fornecedores estrangeiros. As margens também devem ser previstas de forma temporária e vinculadas ao alcance de resultados factíveis razoavelmente definidos, para que não configurem mera medida protecionista em defesa de interesses empresariais privados. A moldura legal flexível, que prevê não a obrigatoriedade, mas a possibilidade de fixação das margens para setores e produtos específicos, de forma temporária e com a exigência de estudos técnicos prévios e posteriores à aplicação da política, permite sua modulação de forma adequada.

Trata-se, assim, de critério discriminatório válido para o alcance da finalidade constitucional da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O que apenas é reforçado pela análise empírica dos resultados obtidos com a aplicação das margens no período de 2012 a 2015. Embora, ainda que o resultado do estudo fosse negativo, isso poderia indicar uma provável inadequação das margens específicas que foram concretamente aplicadas naquele interregno e não da política pública como um todo. Reitere-se: a moldura aberta e flexível da previsão legal é de fundamental importância para sua conformidade com o texto constitucional. Seria difícil sustentar o caráter isonômico do eventual estabelecimento na

¹³¹ ROSILHO e BRAGA, op. cit.

lei de uma margem percentual fixa de preferência para a produção nacional em geral, sem considerar a especificidade de cada setor produtivo e a avaliação constante dos resultados efetivamente alcançados.

7 A POLÍTICA DE MARGENS DE PREFERÊNCIA E O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

Do ponto de vista do direito estrangeiro, vale destacar que o estabelecimento de preferências para produtos nacionais nas compras públicas está presente na legislação de diversos países. De acordo com informações do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, em resposta a consulta do deputado federal Carlos Zarattini sobre restrições a investimentos estrangeiros em nove países e na União Européia¹³², a regra geral na China é a “necessidade de compra de bens e serviços nacionais, com exceções específicas”. A participação de fornecedores estrangeiros nas compras governamentais, além de excepcional, depende de autorização específica do governo. Mesmo em nações desenvolvidas como os Estados Unidos, o “*Buy American Act*” dá preferência a produtos e materiais de construção domésticos em detrimento dos estrangeiros. É estabelecida uma margem de preferência que varia de 6% a 12%. O Departamento de Defesa aplica uma margem de 50% e outras agências governamentais podem estabelecer seus próprios adicionais. Também há regras de preferências para licitantes e/ou produtos nacionais nas compras públicas da Colômbia e México.

Mas isso demonstra apenas que a possibilidade legal de se fixar essas preferências não se trata de uma peculiaridade exclusivamente brasileira. Nada diz sobre a real utilidade de tais normas para a promoção do desenvolvimento. Esse ponto foi abordado acima, quando da análise de sua compatibilidade com o conteúdo material da isonomia, para a concretização do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável. Também não revela se a legislação nacional sobre o tema em exame pode eventualmente contrariar alguma norma de direito internacional aplicável ao Brasil. Esse último ponto é o objeto específico deste capítulo, com enfoque no Acordo de Compras Governamentais existente no âmbito da OMC.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi criada em 1/1/1995, possuindo, dentre seus objetivos, a substancial redução das tarifas e outras barreiras ao comércio, bem

¹³² BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Resposta ao requerimento de informação nº 2872 de 2017.** Disponível em: <<http://www.paulogala.com.br/estados-unidos-japao-uniao-europeia-e-china-protectem-varios-setores-de-investidores-estrangeiros/setores-protectidos-de-investidores-estrangeiros-em-10-paises-resposta-para-dep-zarattini-pelo-mre/>>.

como a eliminação de tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais. Nos termos do art. 2º do acordo que instituiu a OMC¹³³, podem ser celebrados dois tipos de acordo no sistema internacional de comércio: os multilaterais e os plurilaterais. Os multilaterais consistem em parte integrante do acordo que criou a organização, vinculando todos os seus membros. Já os plurilaterais, embora também integrem o acordo instituidor da OMC, são de adesão facultativa e vinculam apenas os membros que a eles tenham aderido expressamente. Não criam, assim, obrigações ou direitos para os demais.

Dentre os acordos plurilaterais de comércio, figura justamente o Acordo de Compras Governamentais (ACG) ou *Agreement on Government Procurement*, conforme o Anexo 4B do Acordo da OMC.¹³⁴ Esse acordo plurilateral foi objeto de revisão em março de 2012 e visa estabelecer regras uniformes para as contratações públicas dos países signatários, de modo a ampliar o acesso dos fornecedores de bens e serviços ao mercado de compras governamentais do maior número possível de países. Já em seu preâmbulo, dispõe que nas contratações públicas não devem ser adotadas medidas que impliquem em proteção a fornecedores domésticos, bens ou serviços. Por outro lado, também reconhece que, em sua implementação, devem ser levadas em conta as necessidades de desenvolvimento, financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento, particularmente aqueles menos desenvolvidos.

O Artigo IV trata dos princípios gerais que devem reger as compras públicas dos países integrantes do acordo. Dentre os quais, merece destaque o princípio da não-discriminação, pelo qual os países signatários devem conceder aos bens, serviços e fornecedores de qualquer outro signatário tratamento não menos favorável do que aquele conferido aos bens, serviços e fornecedores domésticos (tratamento nacional) ou de outro país também integrante do acordo (nação mais favorecida). Assim, o princípio do tratamento nacional visa impedir o tratamento diferenciado aos produtos nacionais em detrimento dos importados, com o objetivo de favorecer a produção local; já o da nação mais favorecida obriga o país a estender aos demais países-membros do acordo todas as vantagens eventualmente concedidas a algum deles.¹³⁵

¹³³ BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Acordo que estabelece a OMC**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em: 26/10/2017.

¹³⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Revised Agreement on Government Procurement**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

¹³⁵ SILVEIRA, Túlio Belchior Mano da. **Compras Públicas: compatibilidade entre a legislação brasileira sobre compras públicas e o tratado plurilateral de compras públicas da Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Dissertação de mestrado em direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), 2015, p. 91. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2052>>. Acesso em: 29/11/2017.

Por outro lado, o Artigo V regula o tratamento diferencial específico a ser conferido para adesão e implementação do acordo pelos países em desenvolvimento. Assim, baseado nas necessidades de desenvolvimento dessas nações, o acordo admite que adotem ou mantenham algumas medidas de natureza mais protecionista, durante um período de transição e em conformidade com determinado cronograma. Naquilo que diz respeito mais de perto ao presente estudo, o ACG permite a adoção transitória de um programa de margens de preferência (*price preference programme*), o qual deve ser aplicado apenas a bens ou serviços originários do próprio país ou de outro país em desenvolvimento em relação ao qual esteja obrigado a conferir tratamento nacional em razão de um acordo preferencial bilateral. Interessante notar que a primeira versão do acordo, aprovada em 1994, também trazia regras sobre tratamento diferenciado para os países em desenvolvimento, mas sem o expresso caráter de transitoriedade de que trata a versão atual. O que revela a tendência, nas negociações internacionais promovidas pela OMC, de progressiva supressão dessa disciplina excepcional aplicável aos países menos desenvolvidos.

Em razão do princípio da não-discriminação, a adesão ao acordo permite o acesso dos fornecedores do país signatário ao mercado de compras públicas de todos os demais países, em igualdade de condições com os fornecedores locais. Por outro lado, o signatário também se compromete a permitir o acesso dos fornecedores de todos os demais partícipes ao seu próprio mercado de compras públicas, em igualdade de condições com os fornecedores nacionais. Ressalvada a possibilidade de se fixar um período de transição para os países em desenvolvimento, como registrado acima.

Percebe-se, assim, que o ACG tem por objetivo principal, em última análise, promover a mais ampla liberalização possível do comércio internacional, especificamente em relação às compras governamentais, buscando eliminar ou restringir ao máximo políticas de cunho discriminatório e protecionista. Encontra-se comprometido com a visão de que o livre comércio entre as nações é o melhor caminho para se promover o maior bem-estar no mundo em geral. A participação no acordo praticamente retira a possibilidade do país signatário utilizar seu poder de compra como instrumento de política industrial e de estímulo à economia nacional. Reduz o espaço para a atividade de fomento estatal, que não poderá mais se utilizar indefinidamente do referido instrumento. A não ser durante o período de transição que seja excepcionalmente estabelecido, na hipótese de se tratar de um país em desenvolvimento.

No caso do Brasil, é forçoso concluir que a previsão legal acerca da possibilidade de se instituir margens de preferência para manufaturados e serviços nacionais, nos termos da Lei nº 8.666/93, é flagrantemente contrária ao aludido princípio da não-discriminação,

aspecto fundamental do ACG. O Brasil, contudo, ainda não aderiu ao acordo plurilateral de compras governamentais da OMC. De modo que não está obrigado a seguir suas regras e, portanto, não corre o risco de sofrer sanções no sistema da OMC pelo descumprimento de um tratado cuja adesão é facultativa. A situação pode mudar no caso de eventual adesão, ressalvando-se sempre a possível fixação de um período de transição. Nesse passo, vale registrar que o atual governo, na linha de uma postura mais liberal em matéria econômica, tem manifestado interesse em aderir ao ACG. Recentemente, o Brasil aderiu ao acordo na condição de observador.¹³⁶ Nos termos do Artigo XXI do ACG, qualquer membro da OMC que não for parte do acordo pode participar como observador mediante requerimento escrito ao Comitê de Compras Governamentais, composto por representantes de todos os partícipes do acordo. Trata-se de um passo importante no caminho de uma eventual futura adesão plena. O que estaria coerente com o abandono, na prática, da política de preferências nas compras públicas, já devidamente noticiado pelo Ministro da Fazenda e também apontado neste trabalho.

O ACG possui, atualmente, 47 países signatários, incluindo os 28 membros da União Européia, os Estados Unidos da América e praticamente todos os países do mundo desenvolvido, com a notória exceção da Austrália, que ainda figura como observador. A maioria dos países em desenvolvimento ainda não faz parte do acordo, embora vários já o integrem na condição de observadores. A América Latina não foge à regra, havendo apenas alguns países como observadores, com destaque para Chile, Argentina e Brasil (desde 18/10/2017). O México não participa sequer como observador.¹³⁷

Em relação aos benefícios de se aderir ao acordo, nas palavras do diretor-geral da OMC, aponta-se basicamente os possíveis ganhos de exportação, com a abertura de mais oportunidades de negócios para as empresas nacionais, que poderão disputar em melhores condições as compras realizadas pelos governos de outros países. Além disso, com a maior abertura de seu próprio mercado de compras públicas a fornecedores estrangeiros, os

¹³⁶ Brasil adere a acordo de licitação pública depois de mais de 20 anos. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 18/10/2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-adere-a-acordo-de-licitacao-publica-depois-de-mais-de-20-anos,70002051667>>. Acesso em: 7/11/2017.

¹³⁷ **WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Government Procurement: parties, observers and accessions.** Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm>. Acesso em: 9/11/2017.

governos podem se beneficiar de uma maior concorrência, podendo obter preços mais baixos e dispor de uma mais ampla seleção de produtos e serviços.¹³⁸

É razoável supor que a ampliação do acesso de fornecedores e produtos estrangeiros ao mercado de compras públicas, com a maior concorrência daí advinda, pode gerar contratações mais econômicas e eficientes, sob a ótica da execução específica da contratação pública. Por outro lado, a ocorrência de ganhos de exportação em virtude da abertura dos mercados públicos externos aos fornecedores nacionais já é algo bem mais incerto, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento. Surgem, assim, questionamentos sobre qual deve ser o equilíbrio entre a política de livre comércio baseada no princípio da não discriminação e o espaço de manobra (*policy space*) que deve permanecer com os governos nacionais para a efetivação de políticas públicas pela via de seu poder de compra.¹³⁹ Essa restrição ao uso das contratações públicas como ferramenta de política industrial, visando promover determinados setores da economia nacional, consiste em inegável custo de oportunidade que deve ser considerado pelos países (especialmente os menos desenvolvidos) ao decidirem pela adesão ou não a acordos internacionais que representem uma maior abertura dos mercados de compras governamentais.¹⁴⁰

Para Nascimento, diante da dificuldade de ingressar nos mercados de compras governamentais de países desenvolvidos, é natural que o Brasil resista em assinar o ACG, de modo a preservar seu *policy space* para a implementação de medidas que buscam a promoção do direito ao desenvolvimento, por meio da legislação nacional referente às licitações e contratações públicas.¹⁴¹ Badin e Azevedo partilham de opinião similar, sustentando que as negociações comerciais acerca do mercado de compras públicas, sobretudo no caso de países em desenvolvimento, devem considerar todas as limitações possíveis (condicionalidades, preferências e exceções), a fim de não prejudicar o necessário espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento nacional. Registram igualmente a dificuldade para a entrada no mercado de compras governamentais dos países desenvolvidos.¹⁴² Silveira também possui

¹³⁸ OMC: Azevêdo destaca importância do acordo de compras governamentais. **Valor Econômico**, São Paulo, 29/10/2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/3755980/omc-azevedo-destaca-importancia-do-acordo-de-compras-governamentais>>. Acesso em: 7/11/2017.

¹³⁹ 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, nº 2, 2014, p. 204.

¹⁴⁰ DAWAR, Kamala. EVENETT, Simon J. *Government Procurement*. In: CHAUFFOUR, Jean-Pierre. MAUR, Jean-Christophe (ed.). **Preferential trade agreement policies for development: a handbook**. Washington: *The World Bank*, 2011, p. 379.

¹⁴¹ NASCIMENTO, op. cit., p. 210.

¹⁴² BADIN, Michelle Ratton Sanchez. AZEVEDO, Milena da Fonseca. A regulação de compras governamentais nos acordos preferenciais de comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. BADIN, Michelle Ratton Sanchez

o mesmo entendimento, ao afirmar que a eventual adesão do Brasil ao ACG resultará em uma relação desequilibrada, na qual as empresas dos países-membros mais avançados terão acesso mais facilitado às compras públicas nacionais, enquanto as empresas brasileiras provavelmente não terão o mesmo sucesso na contratação com os governos desses países.¹⁴³

Em relação aos países desenvolvidos, cujas empresas já se encontram na fronteira tecnológica, não há maiores dúvidas quanto aos benefícios decorrentes de uma maior liberalização do comércio exterior, notadamente para permitir um acesso mais amplo ao mercado de países em desenvolvimento. Suas empresas nacionais certamente não terão dificuldades em competir com as empresas locais, muito pelo contrário. Especialmente em relação ao fornecimento de produtos dotados de maior complexidade tecnológica, como os manufaturados, a vantagem de empresas oriundas de países desenvolvidos parece inegável. Mesmo a abertura do mercado de países igualmente desenvolvidos é interessante para tais fornecedores, pois poderão competir em condições similares com os fornecedores locais. E, em última análise, o ambiente de competição (entre competidores de condição razoavelmente similar) é positivo para o desenvolvimento empresarial e produtivo no marco de um sistema capitalista.

Tais afirmações, contudo, não podem ser sustentadas com a mesma tranquilidade em relação aos países em desenvolvimento. Em um cenário de comércio exterior livre de quaisquer restrições, inclusive quanto às compras governamentais, as indústrias manufatureiras dos Estados Unidos e da União Européia, por exemplo, certamente possuiriam ainda melhores condições de obter ganhos de exportação para o Brasil do que o contrário. O que pode agravar o processo de desindustrialização já apontado neste trabalho, com os efeitos nocivos daí decorrentes. Não que o Brasil, eventualmente, não possa se beneficiar de certos ganhos de exportação, provavelmente no setor de *commodities*. Mas isso também pode acentuar o quadro de desindustrialização precoce, reforçando um processo de especialização produtiva excessivamente focado em produtos de baixa complexidade, em prejuízo da sofisticação produtiva e da diversificação da economia nacional, que são fatores importantes para o processo de desenvolvimento sustentável, como já destacado em tópico anterior.

Em sentido contrário, pode-se argumentar, sob uma perspectiva econômica mais liberal, que o livre comércio entre as nações constitui um fator que por si só já favorece o processo de desenvolvimento global, independentemente de considerações sobre as

(org.). **Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI**: os casos de Estados Unidos, União Européia, China e Índia. Brasília: Ipea, 2013, p. 245; p. 264.

¹⁴³ SILVEIRA, op. cit., p. 130.

características específicas de cada país. Prova disso seria justamente o fato de que a maior parte dos países que aderem a acordos que ampliam o livre comércio (como o ACG) são ricos e desenvolvidos.

Em um nível mais teórico, essa concepção se fundamenta, em linhas gerais, na teoria das vantagens comparativas do comércio internacional, formulada por David Ricardo ainda em 1817. Segundo essa teoria, é mutuamente benéfico para cada país se especializar na atividade que seja relativamente mais eficiente em comparação com outro. Não importam, assim, as características qualitativas da estrutura produtiva. Em prol do bem-estar geral, cada nação deve se especializar naquilo que seja mais eficiente, seja na produção de bananas ou de aviões. Essa teoria nega, portanto, os benefícios da alteração da estrutura produtiva no rumo de atividades mais complexas para o maior desenvolvimento econômico. Ao contrário, o desenvolvimento global pode ser mais favorecido se cada nação se especializar na produção e comercialização dos produtos em relação aos quais já detenha maior eficiência. Para esse fim, as diferenças qualitativas entre as diversas atividades econômicas não seriam relevantes.¹⁴⁴

O problema é que essa conclusão não resiste bem a uma análise histórica acerca do processo de desenvolvimento dos países atualmente desenvolvidos. Para esses países, como já referido anteriormente, a adoção de instituições como um comércio exterior livre de barreiras se apresenta mais como uma consequência do que como uma causa do desenvolvimento econômico. Chang¹⁴⁵ demonstra como países tradicionalmente identificados com o liberalismo econômico, a exemplo de Estados Unidos e Grã-Bretanha, foram pródigos na aplicação de políticas protecionistas e de fomento à indústria nacional nos primeiros estágios de seu processo de desenvolvimento. A guinada liberal se observa apenas em estágios posteriores, quando as indústrias desses países já tinham alcançado alto grau de desenvolvimento e, portanto, não mais precisavam da proteção governamental, encontrando-se em condições privilegiadas para conquistar o mercado externo, especialmente nos países menos desenvolvidos. A partir de então, esses países passam a defender a maior liberalização comercial como algo positivo para o mundo em geral. É como se, após terem se desenvolvido com base em protecionismo e políticas industriais ativas, procurassem “chutar a escada” para impedir que os países em desenvolvimento sigam o mesmo caminho.

¹⁴⁴ REINERT, op. cit., p. 379-381.

¹⁴⁵ CHANG, op. cit., p. 38-63; p. 86-94.

Nas palavras de Reinert¹⁴⁶, “o laboratório da história mostra que o livre comércio simétrico, entre nações de equivalente nível de desenvolvimento, beneficia ambas as partes”. Por outro lado, o “livre comércio assimétrico” acarreta a especialização da nação pobre na pobreza e da nação rica na riqueza. Para se beneficiar do livre comércio, os países pobres devem, primeiro, “livrar-se de sua especialização internacional em ser pobre”. O que, nos últimos quinhentos anos, não ocorreu em lugar algum sem forte intervenção no mercado, por meio de políticas industriais ativas.

Processo similar se observou no rápido desenvolvimento das economias asiáticas no pós-guerra e, mais recentemente, em relação à China.¹⁴⁷ No caso chinês, é curioso notar que, atualmente, é a China quem protesta contra o anúncio de medidas protecionistas pelo governo Trump nos Estados Unidos, quando ela mesma se utilizou de políticas dessa natureza para impulsionar seu impressionante ritmo de crescimento.¹⁴⁸

Há, portanto, fundadas razões para se duvidar que os benefícios de uma ampla e irrestrita liberalização do comércio exterior efetivamente superem os eventuais prejuízos ao processo de desenvolvimento de países como o Brasil. É preciso considerar a assimetria existente entre os estágios de desenvolvimento no qual se encontram os diversos países do mundo e seus respectivos setores empresariais e produtivos. Não parece ser à toa o fato de que a maior parte dos países em desenvolvimento ainda não aderiu ao tratado de compras governamentais da OMC.

Não se quer dizer com isso que a abertura comercial seja algo necessariamente nocivo para os países em desenvolvimento. Uma maior inserção no comércio exterior é algo positivo para o desenvolvimento econômico e que deve ser buscado. Como afirma Chang, não se contesta a importância do comércio internacional para o desenvolvimento de longo prazo, mas isso não significa que o livre comércio seja necessariamente a melhor forma de comércio, em especial para os países em desenvolvimento. A livre competição com empresas de nações mais ricas pode prejudicar o desenvolvimento de capacidades produtivas próprias, notadamente em setores mais complexos e sofisticados como a indústria manufatureira. A defesa de que o comércio internacional é essencial não deve ser confundida com a idéia de que o livre comércio seja a melhor forma de fazer comércio internacionalmente para todos os

¹⁴⁶ REINERT, op. cit., p. 173.

¹⁴⁷ GALA, op. cit., p. 91-96.

¹⁴⁸ China convoca Brics a se posicionar contra protecionismo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 3/9/2017. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/china-convoca-brics-se-posicionar-contra-protecionismo-21779878>>. Acesso em: 14/11/2017.

países e em qualquer situação.¹⁴⁹ Assim, a velocidade, amplitude e forma da abertura comercial deve atender às especificidades de cada país, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento. Registre-se que o próprio ACG reconhece a necessidade de um tratamento diferenciado, ao admitir um período de transição para o processo de adesão dos países em desenvolvimento, inclusive com a possibilidade de se adotar uma política temporária de preferências de preço, como já referido.

No caso brasileiro, especial atenção deve ser dada aos possíveis efeitos no setor industrial manufatureiro, de significativa importância para o desenvolvimento econômico e que vem sofrendo inegável retração nos últimos anos. Nesse contexto, considerando a política de margens de preferência prevista na Lei nº 8.666/93, não parece recomendável aderir plenamente a um tratado internacional que pode retirar do Estado a possibilidade de se valer de um instrumento de política industrial que visa justamente fomentar a produção de manufaturados, com destaque para os resultantes de inovação tecnológica realizada no país.

8 CONCLUSÕES

A Constituição da República adotou um modelo de Estado subsidiário e regulador, de modo que a exploração de atividade econômica (*stricto sensu*) diretamente pelo Estado é admitida somente em caráter excepcional, cedendo lugar para formas indiretas de intervenção, com ressalva apenas da prestação de serviços públicos (atividade econômica em sentido amplo), a qual permanece de titularidade estatal (arts. 173 a 175 da CF/88).

O art. 174 da Carta Magna permite expressamente a atuação estatal indireta na economia, como agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio do exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Esse dispositivo consagra a função regulatória (*lato sensu*) do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, a qual engloba, dentre outras, a atividade de fomento, de incentivo a atividades econômicas privadas de interesse público, para o alcance de finalidades de natureza constitucional.

O fomento consiste em modalidade de intervenção estatal indireta na economia, por meio do qual o Poder Público incentiva a realização de atividades econômicas privadas que possam viabilizar o alcance de fins de interesse público, de forma consensual e sem necessidade de execução direta da atividade pela Administração. Por meio do fomento, o Estado procura estimular a adesão voluntária dos agentes econômicos a comportamentos que

¹⁴⁹ CHANG, Ha-Joon. **Economia: modo de usar**. Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p. 374.

possam gerar efeitos positivos para a sociedade como um todo (externalidades positivas), sempre à luz de um objetivo com fundamento constitucional. Respeita-se, assim, a livre iniciativa dos agentes, que não sofrerão sanções por não aderir ao comportamento estimulado, mas poderão ficar em desvantagem em relação aos concorrentes que tenham optado por executar a atividade objeto do incentivo, com os benefícios daí decorrentes.

Ao lado de instrumentos mais tradicionais, como incentivos fiscais e creditícios, as licitações e contratações públicas também podem ser utilizadas com essa finalidade de fomento a atividades privadas de interesse público, visando à concretização de princípios e direitos constitucionais.

A chamada função regulatória da licitação consiste na sua utilização para o alcance de finalidades distintas dos tradicionais princípios do tratamento igualitário entre os licitantes e da busca da proposta mais vantajosa para a Administração, desde que também compatíveis com o sistema constitucional vigente. Trata-se do uso do “poder de compra” estatal para o alcance de finalidades de interesse público estranhas à específica execução contratual, por meio da previsão de incentivos ou regras para que os agentes econômicos atuem de determinada maneira, no intuito de gerar externalidades positivas em benefício da sociedade em geral.

Em face da diversidade de princípios e direitos previstos na Constituição, não há óbice em se utilizar a licitação como instrumento de regulação e estímulo a atividades econômicas que contribuam para promover a concretização efetiva dessas normas constitucionais. Sem sacrificar, por outro lado, sua função precípua de atender à necessidade administrativa a ser suprida com a execução do objeto contratado.

Em relação à nova finalidade legal das licitações e contratos de promover o desenvolvimento nacional sustentável, seu fundamento constitucional específico pode ser vislumbrado no objetivo fundamental da República de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II) e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

A consequência prática dessa inovação legislativa é que a previsão desse novo princípio licitatório e das regras dele decorrentes poderá levar, em determinado certame licitatório, à escolha não da proposta mais vantajosa para a Administração (vale dizer, para o cumprimento do objeto a ser contratado), mas sim daquela que mais possa contribuir para a finalidade de promoção do desenvolvimento. O acréscimo do desenvolvimento nacional sustentável como princípio básico das licitações públicas significa dizer que os certames licitatórios passam a ter como finalidade adicional expressa a promoção do desenvolvimento

em sua acepção mais abrangente, incluindo aspectos atinentes ao crescimento econômico, melhoria dos indicadores sociais e respeito ao meio ambiente.

Apesar da legitimidade dessa utilização do poder de compra do Estado como instrumento de regulação e fomento de atividades privadas, para a promoção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, é de ver-se que a atividade administrativa estatal está sujeita ao princípio da legalidade, também de estatura constitucional. É certo que o princípio da legalidade deve ser atualmente concebido como a vinculação dos agentes públicos ao ordenamento jurídico como um todo (“bloco de legalidade”) e não apenas à lei formal em sentido estrito. Mas isso não permite que se invoque o princípio do desenvolvimento sustentável para se descumprir normas legais expressas e constitucionais. Não se pode, portanto, ampliar as hipóteses taxativas em que a legislação permite o uso das licitações com função regulatória e de fomento, ignorando-se vedação expressa contida na lei. A obediência aos princípios não pode chegar ao ponto de permitir o descumprimento frontal de regras válidas e sem qualquer vício de inconstitucionalidade, sob pena de grave insegurança jurídica.

Como toda atividade de fomento em geral, o uso das licitações e contratações públicas com essa função exige o respeito ao princípio constitucional da igualdade, em sentido material. Assim, o tratamento discriminatório adotado em benefício de determinadas atividades não pode ser preliminarmente vedado pelo ordenamento e deve ser apto ao alcance de alguma finalidade de natureza constitucional. É necessário que haja alguma relação de causa e efeito entre o fator de discriminação eleito e a finalidade perseguida.

Por outro lado, distinções fundadas nos requisitos de habilitação atinentes à qualificação técnica e econômica dos licitantes apenas podem ter como finalidade constitucionalmente legítima assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, por força de determinação constitucional expressa (art. 37, XXI). Em relação a esses aspectos, a Constituição já veda preliminarmente tratamentos discriminatórios com finalidade distinta da regular execução contratual. Seria inconstitucional, portanto, a estipulação de exigências dessa natureza que tivessem por objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável, o que seria ofensivo ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia relativamente a esses requisitos, na forma delimitada pelo texto constitucional.

Quanto aos demais requisitos de habilitação e à fase de julgamento das propostas, não há vedação constitucional quanto à possibilidade de se adotar tratamentos discriminatórios visando o alcance de finalidade distinta da regular execução contratual, como o desenvolvimento sustentável e o tratamento favorecido a microempresas, desde que com

respeito ao conteúdo material da isonomia. Não há de se falar em eventual conflito e necessidade de ponderação entre o princípio da isonomia e esses outros princípios, com base em um juízo de proporcionalidade. A questão se resolve dentro da análise do próprio conteúdo material da igualdade, por ser da sua essência autorizar tratamentos discriminatórios que sejam pertinentes para o alcance de fins constitucionalmente legítimos.

A lei, contudo, ampliou a restrição constitucional, ao instituir vedação genérica a que os agentes públicos incluam nos editais cláusulas que restrinjam o caráter competitivo dos certames e estabeleçam preferências em razão de qualquer circunstância irrelevante para o específico objeto do contrato. Assim, não apenas os requisitos de qualificação técnica e econômica, mas as cláusulas editalícias em geral só podem ser orientadas à execução específica do objeto a ser contratado, ressalvadas as exceções legais.

Dentre essas exceções, figura a previsão legal da política de margens de preferência nas licitações, em benefício de produtos manufaturados e serviços nacionais (com possibilidade de margens adicionais para itens decorrentes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país), conforme alterações introduzidas na lei geral pela Lei nº 12.349/10. Essa política visa estimular a produção nacional de bens industriais e a prestação de serviços nacionais, a fim de promover o desenvolvimento econômico nacional, mediante a geração de emprego e renda e de inovação tecnológica no país. Objetivos que se encontram em conformidade com valores albergados pelo texto constitucional, além, é claro, de configurar instrumento de intervenção indireta do Estado na economia (fomento), nos moldes do art. 174, *caput*, da Carta Magna. E as margens de preferência não contrariam a determinação constitucional atinente aos requisitos de qualificação técnica ou econômica, que devem se limitar a exigências imprescindíveis à execução contratual. As margens são aplicadas na fase de julgamento das propostas de preço, em relação à qual não incide a aludida regra constitucional, restrita a requisitos específicos integrantes da fase de habilitação.

Em relação aos produtos manufaturados, vários analistas da área econômica apontam para um processo de desindustrialização pelo qual passa o Brasil, com a crescente perda de espaço da indústria na economia para o setor de bens primários, com baixa complexidade tecnológica (*commodities*), especialmente na composição da pauta exportadora do país. Há um consenso mínimo entre vários especialistas quanto à importância da maior diversidade possível dessa pauta, a fim de minimizar os riscos inerentes à dependência excessiva de determinado setor, o que pode tornar a economia mais vulnerável em relação a oscilações no mercado externo. Além de existirem evidências empíricas acerca da importância da atividade industrial para o desenvolvimento econômico das nações e da ampla adoção de políticas

industriais ativas pelos países ricos ao longo de seu processo de desenvolvimento. Esses fundamentos justificariam a adoção de políticas de estímulo ao setor industrial, a fim de reverter esse processo de desindustrialização precoce.

Tais medidas, contudo, devem ter caráter temporário e delimitação de objetivos e contrapartidas a serem cumpridos, sendo necessário, ainda, o devido acompanhamento e controle de sua implantação, com a maior transparência possível. O objetivo final não deve ser a mera proteção dos setores beneficiados por tempo indeterminado, mas sim a obtenção de ganhos de produtividade para que tenham condições de competir no mercado internacional, independentemente do auxílio estatal. Deve haver a perspectiva real de futura remoção do benefício, sob pena da proteção pura e simples gerar mais prejuízos que benefícios, ante a falta de incentivos para que as empresas beneficiadas inovem e modernizem seu processo produtivo, tornando obsoletos os setores protegidos com grande custo para o Poder Público.

Diante disso, pode-se afirmar, em termos jurídicos, que medidas de fomento à indústria manufatureira podem ser compatíveis com a promoção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, a depender do nível de desenvolvimento ou de retrocesso observado no setor. O estabelecimento de preferências e benefícios para determinados setores da economia nacional (com destaque para a indústria), a depender de sua configuração normativa concreta, pode caracterizar discriminação válida para o alcance de finalidades constitucionalmente legítimas, pelo que não violariam o princípio da igualdade material.

A configuração legal do mecanismo das margens de preferência, na forma prevista na Lei nº 8.666/93, não revela traço de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia. O critério discriminatório se afigura como válido, eis que não se encontra vedado pela Constituição e pode ser apto ao alcance das finalidades de interesse público perseguidas. Além de estar legalmente condicionado a necessárias ponderações e estudos de ordem técnica, a fim de avaliar a pertinência das margens específicas a serem implantadas com o alcance dos objetivos definidos em lei, consentâneos com a finalidade de promoção do desenvolvimento. Margens essas que, mesmo após estabelecidas, devem ser submetidas a constante revisão acerca de sua real eficácia.

A moldura legal flexível, que prevê não a obrigatoriedade, mas a possibilidade de fixação das margens para setores e produtos específicos, de forma temporária e com a exigência de estudos técnicos prévios e posteriores à aplicação da política, permite sua modulação de forma adequada. Seria difícil sustentar o caráter isonômico do eventual estabelecimento na lei de uma margem percentual fixa de preferência para a produção

nacional em geral, sem considerar a especificidade de cada setor produtivo e a avaliação constante dos resultados efetivamente alcançados.

Os resultados do estudo técnico realizado pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda em dezembro/2015, com base em dados das compras governamentais da União entre 2012 e 2015, reforçam a conclusão no sentido de que a política de margens de preferência pode efetivamente contribuir para o alcance das finalidades perseguidas, caracterizando critério discriminatório válido à luz do princípio constitucional da isonomia. Segundo essa avaliação de impacto, as aquisições com aplicação efetiva das margens de preferência teriam alcançado os resultados esperados, embora sua utilização tenha sido muito tímida no período. Assim, em uma análise de custo-benefício, realizada nos moldes preconizados pelo art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666/93, a avaliação de impacto recomendou a continuidade e ampliação da política de margens de preferência, com alguns ajustes.

O posterior abandono da política de margens de preferência pelo governo federal aparentemente não atendeu a eventual recomendação de estudo técnico subsequente que tenha opinado nesse sentido. Não foi localizada outra avaliação além daquela acima referida, que recomendou a continuidade da política. Apesar disso, não há ilegalidade em tal conduta, pois os estudos de que trata o art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666/93, não são vinculantes para o Executivo, o qual detém legitimidade para adotar a política econômica, industrial e de comércio exterior que entenda mais adequada.

Apesar de sua adequação à ordem jurídica vigente, a legislação poderia ser aperfeiçoada. Em primeiro lugar, mediante a exigência expressa de que seja dada a mais ampla publicidade possível aos estudos técnicos realizados, inclusive na rede mundial de computadores, a fim de permitir o efetivo acompanhamento e fiscalização quanto às razões que fundamentaram o estabelecimento e eventual prorrogação das margens de preferência. Essa maior transparência do processo decisório pode ser útil para reduzir a influência de *lobbies* empresariais comprometidos com interesses exclusivamente privados e protecionistas. Outro ponto a ser revisto seria um maior destaque quanto ao caráter temporário do benefício, o qual poderia ser expressamente vinculado a contrapartidas dos beneficiários, no sentido de reduzirem seus custos e ampliarem sua eficiência e competitividade em determinado lapso temporal, permitindo a posterior redução ou supressão das margens. A vinculação a metas factíveis e verificáveis pode contribuir para reduzir os incentivos negativos à paralisação do setor protegido, minimizando os riscos da política pública acarretar uma perda ainda maior de competitividade (“mentalidade de subsídio”).

Finalmente, da perspectiva do direito internacional, é de ver-se que a política de margens de preferência incluída na Lei nº 8.666/93 se afigura incompatível com o princípio da não-discriminação, previsto no Acordo de Compras Governamentais da OMC, segundo o qual cada país signatário deve dar aos produtos e serviços estrangeiros tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos nacionais (tratamento nacional). Trata-se, contudo, de um acordo do tipo plurilateral, que vincula apenas os países signatários, e o Brasil ainda não figura dentre seus partícipes. De modo que não está sujeito, no presente momento, a eventuais sanções do sistema da OMC, em virtude da política nacional de margens de preferência nas compras governamentais.

No momento atual, não parece recomendável que o país promova sua adesão plena ao referido acordo internacional, sob pena de abrir mão do espaço de liberdade que atualmente detém para utilização de seu poder de compra como instrumento de política pública para a promoção do desenvolvimento nacional. As vantagens apontadas para a adesão, especialmente quanto ao acesso igualitário aos mercados de compras governamentais dos demais signatários, provavelmente beneficiariam em muito maior medida os países desenvolvidos, cujos setores manufatureiros já se encontram na fronteira tecnológica. Pode, assim, trazer prejuízos ainda maiores a setores produtivos nacionais complexos que já se encontram fragilizados, aprofundando o processo de desindustrialização e de reprimarização da pauta exportadora, com potenciais efeitos nocivos ao desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. Nova York: Crown Publishers, 2012.
- ACOCELLA, Jéssica e RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. **Revista do BNDES**, nº 40, dezembro 2013, p. 269-312. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf>. Acesso em: 8/8/2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Mansueto de. Padrões de política industrial: a velha, a nova e a brasileira. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas. *Introducción*. In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatorio**. Sevilha: INAP, p. 11-66, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BADIN, Michelle Ratton Sanchez. AZEVEDO, Milena da Fonseca. A regulação de compras governamentais nos acordos preferenciais de comércio. In: OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. BADIN, Michelle Ratton Sanchez (org.). **Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Européia, China e Índia**. Brasília: Ipea, 2013, p. 243-267.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-64, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONELLI, Regis. PESSOA, Samuel. MATOS, Silvia. Desindustrialização no Brasil: fatos e interpretação. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28/7/2017.

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/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7546.htm>. Acesso em: 6/9/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 28/7/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6814/2017.** Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 1/8/2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. **Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais.** Relatório final, 15/12/2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em: 31/5/2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Retomada do Crescimento Econômico**, março/2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/2017/2017-03-07_apresentacao_henrique-meirelles_cdes.pdf>. Acesso em: 1/8/2017.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **O que é Processo Produtivo Básico?** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/competitividade-industrial/ppb/o-que-e-ppb>>. Acesso em: 21/8/2017.

_____. **Acordo que estabelece a OMC.** Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em: 26/10/2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Painel de Compras.** Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br>>. Acesso em: 9/8/2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Resposta ao requerimento de informação nº 2872 de 2017.** Disponível em: <<http://www.paulogala.com.br/estados-unidos-japao-uniao-europeia-e-china-protegem-varios-setores-de-investidores-estrangeiros/setores-protegidos-de-investidores-estrangeiros-em-10-paises-resposta-para-dep-zarattini-pelo-mre/>>.

BRASIL. Presidência da República. **E.M.I. Nº 104/MP/MF/MEC/MCT.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 1/8/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1923/DF.** Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento: 16/4/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8/8/2017.

_____. **ADI nº 3540 MC/DF.** Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 1/9/2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9/8/2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.241/11 - Plenário**. Relator: André de Carvalho. Sessão: 24/8/2011 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 2/5/2017.

_____. **Acórdão nº 1.317/13 - Plenário**. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Sessão: 29/5/2013 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 4/5/2017.

_____. **Acórdão nº 1.550/13 - Plenário**. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão: 19/6/2013 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 9/5/2017.

_____. **Acórdão de Relação nº 1.765/15 - Plenário**. Relator: Augusto Nardes. Sessão: 22/7/2015 Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 23/8/2017.

CASTRO, Luciano de. **O que são margens de preferência e como elas afetam as compras públicas?** Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/12/05/o-que-sao-margens-de-preferencia-e-como-elas-afetam-as-compras-publicas/>>. Acesso em: 22/8/2017.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A Reserva da Densificação Normativa da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, p. 221-234, 2009.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada:** a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

_____. **Economia: modo de usar.** Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DAWAR, Kamala. EVENETT, Simon J. *Government Procurement*. In: CHAUFFOUR, Jean-Pierre. MAUR, Jean-Christophe (ed.). **Preferential trade agreement policies for development: a handbook.** Washington: The World Bank, 2011, p. 367-385.

Executive Order 12291. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>. Acesso em: 21/2/2017.

Executive Order 12866. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1993-clinton.html>. Acesso em: 20/2/2017.

Executive Order 13563. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2011.html>. Acesso em: 16/2/2017.

Executive Order 13707. Disponível em: <www.archives.gov/federal-register/executive-orders/2015>. Acesso em: 21/2/2017.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 12/11/2015.

FERREIRA, Daniel. Procedimento licitatório e o desenvolvimento nacional sustentável. In: **BLC - Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, p. 391-407, Maio/2013.

_____. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal:** a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A licitação e seus princípios. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez-2006/jan-2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 28/7/2017.

GALA, Paulo. **Complexidade econômica:** uma nova perspectiva para entender a antiga questão da riqueza das nações. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos.** Casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, João Emilio Padovani. **Exigências de conteúdo local no Brasil:** análise à luz da teoria sobre política industrial. Campinas: Tese de doutorado em Economia da UNICAMP, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/305661>>. Acesso em: 15/8/2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1998.

HAUSMANN, Ricardo. HIDALGO, César A. (ed.). *The atlas of economic complexity: mapping paths to prosperity.* Cambridge, Massachusetts, London, England: MIT Press, 2013. Disponível em: <<http://atlas.cid.harvard.edu/>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. JORDÃO, Eduardo. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014 - MARÇAL JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARÇAL-JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf)>. Acesso em: 17/11/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAZZARINI, Sergio G. JANK, Marcos Sawaya. INOUE, Carlos F. Kiyoshi V. *Commodities no Brasil: maldição ou bênção?* In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil:** desindustrialização em debate. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções Gerais sobre o Fomento Estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 2014, vol. 4, p. 405-428.

MARTY, Frédéric. *Comentarios a la tesis del Professor Ogus desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho.* In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatorio.** Sevilla: INAP, p. 93-116, 2013.

MCAFEE, R.P. MCMILLAN, J. *Government Procurement and International Trade.* In: **Journal of International Economics** 26 (1989), p. 291-308.

MCMILLAN, Margaret. RODRIK, Dani. VERDUZCO-GALLO, Íñigo. *Globalization, Structural Change, and Productivity Growth, with an Update on Africa*. In: **World Development**, Vol. 63, pp. 11–32, 2014. Disponível em: <http://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/globalization_structural_change_productivity_growth_with_africa_update.pdf?m=1435002696http://>>. Acesso em: 1/9/2017.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Princípio da Legalidade Tributária. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 283-298, 2009.

MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco?: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

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, nº 2, 2014, p. 191-217.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOBRE JR., Edílson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício (coords.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 202-220, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

OCDE (2011). **Demmand-side Innovation Policies**. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/inno/demand-sideinnovationpolicies.htm#get_the_book>. Acesso em: 31/8/2017.

OCDE (2017). **Government at a glance 2017**. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2017_gov_glance-2017-en>. Acesso em: 29/8/2017.

OGUS, Anthony. *La Evaluación de Impacto Regulatorio: una perspectiva económico-política*. In: AUBY, Jean-Bernard e PERROUD, Thomas (Org.). **La Evaluación de Impacto Regulatorio**. Sevilla: INAP, p. 67-92, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. A Função Regulatória das Licitações e o Desenvolvimento Nacional Sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-RAFAEL-CARVALHO-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 7/8/2017.

ONU. *Our common future*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 9/8/2017.

PARNES, Beny. HARTUNG, Gabriel. Uma nota sobre a desaceleração recente da indústria brasileira. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

PINHEIRO, Maurício Canêdo. A recente política industrial brasileira foi bem desenhada? In: BARBOSA, Nelson. MARCONI, Nelson. PINHEIRO, Maurício Canêdo. CARVALHO, Laura (orgs.). **Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2015.

RAUEN, André Tortato. Racionalidade e primeiros resultados das políticas de inovação que atuam pelo lado da demanda no Brasil. In: RAUEN, André Tortato (org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017, p. 19-46.

_____. Risco e incerteza na aquisição pública de P & D: a experiência norte-americana. In: RAUEN, André Tortato (org.). **Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil**. Brasília: Ipea, 2017, p. 375-412.

REINERT, Erik S. **Como os países ricos ficaram ricos... e por que os países pobres continuam pobres**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

ROSILHO, André. BRAGA, André de Castro O.P. **Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>>. Acesso em: 24/8/2017.

SANTOS, Antônio Carlos dos. GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHYMURA, Luiz. PINHEIRO, Mauricio Canêdo. Política industrial brasileira: motivações e diretrizes. In: BACHA, Edmar. DE BOLLE, Monica Baumgarten (orgs.). **O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SHAPIRO, Stuart. *The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking*. In: LEVI-FAUR, David (Org.). **Handbook on the Politics of Regulation**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, p. 385-396, 2011.

SILVEIRA, Túlio Belchior Mano da. **Compras Públicas: compatibilidade entre a legislação brasileira sobre compras públicas e o tratado plurilateral de compras públicas da Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Dissertação de mestrado em direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), 2015, p. 91. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2052>>. Acesso em: 29/11/2017.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Petersfield: Harriman House, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>. Acesso em: 4/8/2017.

SOUZA, Francisco Eduardo Pires de. Por que a indústria parou? In: BARBOSA, Nelson. MARCONI, Nelson. PINHEIRO, Maurício Canêdo. CARVALHO, Laura (orgs.). **Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2015.

STIGLITZ, Joseph E. CHARLTON, Andrew. *Fair Trade For All: how trade can promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral**: fundamentos e princípios, direito constitucional econômico. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

SZIRMAI, Adam. *Industrialisation as an engine of growth in developing countries, 1950-2005*. In: **Structural Change and Economic Dynamics**, v. 23, p. 406-420, dezembro/2012.

UE (2015). *Study on “Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies”: final report*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en>. Acesso em: 4/9/2017.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VASQUES, Sérgio. **O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária**. Coimbra: Almedina, 2008.

WILLIAMSON, John. ZAGHA, Roberto. Um ensaio sobre “O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate”. In: **Estudos Econômicos**, São Paulo, vol. 44, n. 1, p. 185-199, jan.-mar. 2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Revised Agreement on Government Procurement*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

_____. *Agreement on Government Procurement: parties, observers and accessions*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm>. Acesso em: 9/11/2017.