

Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?

Marina Fontão Zago



***Poder de compra estatal
como instrumento de
políticas públicas?***

Marina Fontão Zago

Brasília
Enap
2018

Enap Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Francisco Gaetani

Diretora de Formação Profissional e Especialização

Iara Cristina da Silva Alves

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Diretor de Inovação e Gestão do Conhecimento

Guilherme Alberto Almeida de Almeida

Diretor de Pesquisa e Pós-Graduação Stricto Sensu

Fernando de Barros Filgueiras

Diretora de Gestão Interna

Camile Sahb Mesquita

Editor: Fernando de Barros Filgueiras. *Revisão:* Luiz Augusto Barros de Matos e Renata Fernandes Mourão. *Capa:* Erica Carneiro Passos De Carvalho. *Projeto gráfico e editoração eletrônica:* Robson Lenin

***Poder de compra estatal
como instrumento de
políticas públicas?***

Marina Fontão Zago

Catalogado na fonte pela Biblioteca Graciliano Ramos da Enap

Z18p Zago, Marina Fontão

 Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas /
 Marina Fontão Zago. -- Brasília: Enap, 2018.

 470 p.

 Inclui bibliografia.

 ISBN: 978-85-256-0102-5

 1. Contrato Público. 2. Compras Governamentais. 3. Administração
 Pública – Brasil. I. Título.

CDU 351.712

Ficha catalográfica elaborada por: Daiane da Silva Yung Valadares – CRB1/2802

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade do(s) autor(es), não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista da Escola Nacional de Administração Pública (Enap).

SOBRE A AUTORA

Marina Fontão Zago: Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (2017). Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela EAESP/FGV (2011). Bacharel em Direito pela PUC/SP (2007). Advogada especialista em Direito Administrativo e Regulatório.

AGRADECIMENTOS

Este livro tem por origem a tese de doutorado *Poder de compra estatal para a efetivação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*, desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A tese foi escolhida, pela Faculdade de Direito, para concorrer ao Prêmio Tese Destaque USP 2018, tendo recebido o prêmio de Menção Honrosa na área de Ciências Sociais Aplicadas.

A tese foi desenvolvida sob a orientação do Professor **Floriano de Azevedo Marques Neto**, a quem agradeço infinitamente a oportunidade e a preciosa orientação e supervisão que me ofereceu ao longo da tese.

A banca de defesa foi composta pelos mestres por quem guardo a mais profunda admiração, e que tanto colaboraram para a tese, não apenas no momento da defesa, mas ao longo de todo o seu desenvolvimento: **Regina Pacheco, Carlos Ari Sundfeld, Fernando Dias Menezes de Almeida e Marcos Augusto Perez**.

Agradeço, ainda, a todos que tornaram possível e fizeram mais proveitosa (e alegre) a minha passagem pela Yale Law School como *visiting researcher* – uma experiência que me permitiu amadurecer tanto acadêmica quanto pessoalmente: **Daniel Markovits, Bradley Hayes, Susan Rose-Ackerman, Juliana Bonacorsi de Palma e Vera Karam de Chueiri**.

Ao longo do desenvolvimento deste livro, contei com os ensinamentos e o diálogo determinantes de **Tatiana Matiello Cymbalista, José Roberto Manesco, Eduardo de Oliveira Ramires, Fernanda Rodrigues Rudnik, Marina Cardoso de Freitas, Nara Merlotto e Marcela De Oliveira Santos** – todos participantes ativos de minha formação acadêmica e profissional.

Obrigada às minhas amigas de vida, que fizeram me sentir em casa em São Paulo, e a começar a ouvir e a apreciar as músicas que entoam nesta cidade tão louca: **Karina Santos, Mariana Chaimovich e Paola Moraes.**

À minha família querida, faltam-me as palavras suficientes para agradecer todo amor e incentivo que eles sempre me deram. Deixo, então, o meu mais profundo "obrigada": **Márcia e Marco** (meus pais incríveis, a quem dedico este livro); **Marcelo e Cibele** (e os pequenos Rafael e Felipe); **Vó Thê; Vô Tonho e Vó Vira** (*in memorian*); **Tio Beto**; e **Tio Maninho** (*in memorian*).

O livro (e eu também) simplesmente não seria o mesmo sem o incentivo e a companhia constante (ainda que à distância e sob fusos horários diferentes) de meu grande amor, **Henrique Motta Pinto**. Obrigada por dar cor prum mundo muitas vezes tão binário e por transformar o meu universo em algo extraordinário. Obrigada, ainda, pela coautoria na minha mais preciosa produção, após a qual nada será como antes: a nossa extraordinária **Helena**.

SUMÁRIO

Resumo	21
Apresentação	25
1 Introdução	29
1.1 A função derivada e os desafios para as contratações públicas.....	29
1.2 Contextualização do poder de compra estatal.....	37
1.3 Delimitação da função derivada	41
1.4 Notas metodológicas.....	44
1.5 Estrutura do livro	47
2 O ponto de partida: poder de compra estatal e função primária das contratações públicas	51
2.1 Introdução	51
2.2 O Estado-comprador e a função primária e original das contratações públicas.....	57
2.3 A eficácia da contratação: entrega de obra, bem ou serviço	60
2.4 Os valores da contratação: proposta mais vantajosa, isonomia e competição	62
2.5 O procedimento de contratação pública	80
2.6 Conclusões parciais.....	85
3 Onde estamos: a construção do movimento da função derivada no Brasil.....	87
3.1 Introdução	87
3.2 A percepção do poder de compra estatal como instrumento transversal de políticas públicas.....	92
3.3 Revendo a proposta mais vantajosa: reações à “ditadura do menor preço”	106
3.4 As recentes reformas para simplificar as contratações públicas...	123
3.5 A (revogada) preferência constitucional à empresa de capital nacional	130

3.6 A função derivada no marco legal nacional.....	151
3.6.1 Seleção e resultados	153
3.6.2 Evolução quantitativa ao longo dos anos	156
3.6.3 Origem e destino das regras de função derivada: lei de política setorial ou lei de contratação pública?	159
3.6.4 O grau de abrangência da regra	162
3.6.5 Quais os objetivos visados?	165
3.6.6 As técnicas utilizadas: como e quando operacionalizar a função derivada?	168
3.6.7 Facultatividade ou obrigatoriedade na aplicação das regras?	177
3.6.8 Principais achados da pesquisa legislativa.....	178
3.7 O uso da função derivada sem previsão legal expressa	180
3.8 Estudo de casos.....	190
3.8.1 Margem de preferência para bens e serviços nacionais.....	192
3.8.2 Medidas de compensação (cláusulas de "offset").....	230
3.8.3 Preferências para micro e pequenas empresas.....	247
4 Função derivada: trilhas teóricas a partir da abordagem prática.....	269
4.1. Introdução	269
4.2. Atributos da função derivada	270
4.2.1. A função derivada como restrição, obrigação ou preferência adicional e não originária da contratação pública.....	270
4.2.2 Elementos da função derivada: objetivos, beneficiados e agentes	284
4.2.3 Características e técnicas da função derivada	289
4.3 Função derivada como instrumento de fomento, regulação ou políticas públicas?	304
4.4 Fundamentos da função derivada	316
5 A diversificação de fins e as tensões geradas nas contratações públicas pela função derivada	329

5.1 Introdução	329
5.2 Isonomia, competição e concorrência.....	338
5.3 Função derivada e a permanente tensão entre preço e qualidade.....	352
5.4 Função derivada, déficit democrático e legalidade.....	363
5.5 Problemas jurídicos acessórios trazidos pela função derivada	375
5.5.1 Múltiplas esferas de regulamentação e implementação da função derivada.....	375
5.5.2. Extraterritorialidade da função derivada.....	380
5.5.3 Globalização e liberalização do mercado internacional.....	383
5.5.4 Eficácia e complexificação procedimental da contratação	389
5.6 Conclusões parciais.....	392
6 O ponto de chegada: perspectivas para a função derivada das contratações públicas	397
6.1 Introdução	397
6.2 Afinal, para o que servem as contratações públicas?.....	400
6.3 Em busca da harmonização entre função primária e função derivada	404
6.3.1 Institucionalização da função derivada	408
6.3.2 Novos contornos na delimitação da proposta mais vantajosa: custo, qualidade e fins derivados.....	418
6.3.3 Técnicas e conteúdo da função derivada.....	425
6.3.4 Processualização e motivação da função derivada.....	429
6.3.5 Monitoramento e avaliação da função derivada	432
Referências bibliográficas.....	435
Apêndice I: Lista e classificação das regras de função derivada	447
Apêndice II: Jurisprudência do TCU – preferências da LC nº 123/2006	463

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Evolução do número de regras e leis, por ano	156
Tabela 2 – Origem da regra e lei.....	160
Tabela 3 – Origem e destino da regra, por tipo de lei.....	161
Tabela 4 – Abrangência da regra	163
Tabela 5 – Tipo de lei x Objeto da contratação.....	164
Tabela 6 – Objetivo da regra.....	165
Tabela 7 – Objeto da regra.....	166
Tabela 8 – Setor x Tipo da regra.....	167
Tabela 9 – Técnicas utilizadas	170
Tabela 10 – Origem das hipóteses de função derivada por dispensa	172
Tabela 11 – Hipóteses de função derivada por dispensa, conforme setor	174
Tabela 12 – Hipóteses de função derivada por dispensa, conforme objeto	174
Tabela 13 – Preferência na seleção da proposta.....	175
Tabela 14 – Facultatividade x Obrigatoriedade da regra.....	177
Tabela 15 – Grau de tensão, conforme objeto e técnica da função derivada	348
Tabela 16 – Movimentos de preço, qualidade e eficiência.....	361

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Movimento de derivação dos fins da contratação	40
Gráfico 2 – Evolução quantitativa acumulada das regras e leis.....	157
Gráfico 3 – Evolução quantitativa anual das regras e leis.....	158
Gráfico 4 – Evolução percentual anual das regras e leis	158
Gráfico 5 – Compras com aplicação de margem de preferência nacional.....	208
Gráfico 6 – Compras com aplicação de margem de preferência nacional, por unidade federativa e órgão contratante	209
Gráfico 7 – Cenário sem função derivada	354
Gráfico 8 – Cenário com função derivada.....	354

RESUMO

Este livro analisa como o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil vem percebendo e conformando o poder de compra (poder de contratar) estatal como instrumento transversal para efetivar políticas públicas diversas, tais como reduzir desigualdades, ou promover o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental. No livro, denomino essa forma de uso diversificado da contratação pública de função derivada.

Se, por um lado, pode-se cogitar do direcionamento das compras públicas para enfrentar problemas da sociedade, por outro lado também é possível antever dificuldades geradas por esse novo uso das contratações públicas que vai além de sua destinação original.

Os principais desafios surgem do fato de que esses dois fins que passam a ser atribuídos à contratação pública – a **função primária**, de obtenção de obra, bem ou serviço; e a **função derivada**, de realização de fim público adicional – partem de **valores essencialmente contrapostos**, gerando tensões no âmbito da contratação. Enquanto a **função primária** tem por cerne os valores de isonomia, competição e eficiência (eficiência que, no Brasil, é pautada ainda pela economicidade, isto é, pelo menor preço), a **função derivada** tem por principal embasamento valores distributivos e de equidade material.

Apesar desse “conflito existencial” que passa a existir na contratação pública a partir da introdução da função derivada, essa vem sendo utilizada no Brasil de forma um tanto quanto caótica, sem as necessárias ponderações e análises mais consistentes quanto aos seus custos e aos seus resultados. Não se nega a importância de caracterizar a proposta mais vantajosa a partir de critérios mais abrangentes do que só o menor preço. Tampouco se nega a importância dos fins e dos valores buscados com a função derivada. Mas seriam as contratações públicas o meio, o

instrumento mais adequado (em termos de eficácia e eficiência) para realizar esses fins de políticas sociais?

Para analisar as questões geradas com a função derivada, o trabalho foi dividido em duas etapas: (i) diagnóstico e descrição da função derivada no Brasil, a partir do direito positivo, do estudo de casos concretos, da jurisprudência e da revisão bibliográfica; e, a partir desse levantamento, (ii) considerações teóricas sobre as características e os fundamentos da função derivada, bem como tensões e desafios que seu uso enseja no sistema de contratações públicas.

Conclui-se que, apesar de sua potencialidade como instrumento de políticas públicas, a função derivada: (i) aumenta a complexidade e traz tensões para as contratações, sobretudo pelo modo indireto e oblíquo com que o novo fim é incorporado; (ii) impacta custo e qualidade das contratações, até mesmo colocando em risco a satisfação da função primária; (iii) tensiona-se com os valores da competição e da isonomia; (iv) dificulta a boa governança da contratação, trazendo burocratização e litigiosidade; (v) sua eficácia é de difícil demonstração.

Diante disso, entendo que há duas respostas complementares possíveis para o movimento da função derivada das contratações públicas no Brasil.

A primeira resposta é a de que a **função derivada deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público**. As contratações públicas podem, sim, servir para a promoção de políticas socioeconômicas (de modo a estimular setores ou promover determinadas atividades). Mas, nesse caso, os fins sociais devem ser colocados de forma direta, como o fim primário da contratação, não como função derivada. É o caso, por exemplo, dos contratos de fomento.

A segunda resposta é a de que, **caso se opte por utilizar a função derivada, é preciso reconhecer que ela gera conflitos para a contratação pública, que precisam ser harmonizados**. Há uma série

de fatores, propostos na tese, que devem ser considerados tanto pelo legislador, como pelo gestor público, de modo a reduzir ou neutralizar, caso a caso, as tensões entre função primária e função derivada, sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública. Para isso, deve-se observar: (i) o instrumento jurídico (lei, ato normativo infralegal ou edital) de previsão da função derivada; (ii) os limites da reconfiguração da melhor proposta; (iii) as consequências de suas diferentes técnicas de incorporação no processo de contratação pública; (iv) a sua adequada processualização e motivação; e (v) a existência de mecanismos para seu controle e sua avaliação.

APRESENTAÇÃO

Os países gastam quantia significativa de recursos orçamentários na compra de produtos, bens e serviços, isto é, em suas contratações públicas. No Brasil, estima-se que as contratações públicas representem cerca de 15% do Produto Interno Bruto (PIB)¹, o que significa, aproximadamente, R\$ 797 bilhões de reais (ano base de 2013) apenas no âmbito federal² – sem considerar, portanto, as aquisições dos estados-membros e dos municípios. Atentando para esses números, as compras estatais colocam-se como instrumento governamental relevante, capaz de efetivamente impactar condutas do mercado e dos demais consumidores.

O que aconteceria, então, se dois fatos, aparentemente independentes, fossem interligados: a necessidade de ação governamental para o alcance de fins considerados socialmente importantes; e a existência de poder de compra estatal significativo, que pode afetar condutas no mercado e na sociedade?

Pode-se cogitar do direcionamento das compras públicas para enfrentar problemas da sociedade, tais como a redução das desigualdades, o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental. Por que não orientar o poder de contratar estatal para

¹ Dados disponíveis em: <http://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.GOV.T.ZS/countries/1W-BR-US-EU?display=graph>. Acesso em: 01/02/2016. O cálculo, feito pelo Banco Mundial, levou em conta os seguintes parâmetros: "General government final consumption expenditure (formerly general government consumption) includes all government current expenditures for purchases of goods and services (including compensation of employees). It also includes most expenditures on national defense and security, but excludes government military expenditures that are part of government capital formation." Disponível em: http://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.GOV.T.ZS/countries/1W-BR?display=graph&cid=DEC_SS_WBGDataEmail_EXT. Acesso em: 01/02/2016.

² Conforme dados do IBGE, o PIB em 2013 foi de 5.316 bilhões de reais. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/pib-valores-correntes.html>. Acesso em: 16/06/2016.

que, adicionalmente às necessidades imediatas que justificam a contratação, as compras públicas também satisfaçam às demandas mais amplas da coletividade? Nessa hipótese, o Estado poderia adquirir papel reciclado, comprar de pequenas empresas e de grupos hipossuficientes, ou, ainda, impor que o contratado utilize produtos e serviços nacionais – diversificando, com isso, as funções a serem cumpridas pelas contratações públicas.

Por outro lado, também é possível antever dificuldades geradas por esse novo uso das contratações públicas que vai além de sua destinação original. A diversificação de finalidades pode desvirtuar o papel hoje ocupado pelas compras governamentais? Haveria limite para o Estado interferir e influenciar o comportamento do mercado, por meio de seu poder de compra?

Tais questões, surgidas da diversificação dos fins das contratações públicas, levam a refletir acerca das finalidades buscadas pelo Estado em sua função de comprador.

Com novos objetivos atribuídos para as contratações públicas, quais são os impactos na maneira pela qual se entende juridicamente as contratações públicas? Quais problemas e questões emergem das contratações públicas que extravasam de seu objetivo original? Em última instância, a própria função das contratações públicas merece ser repensada: afinal, para que servem?

Este livro tem por **objetivo** examinar de que forma o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil (assim entendido como o conjunto de normas procedimentais e materiais que estabelecem regras para as contratações públicas) vem percebendo e conformando o poder de contratar estatal como instrumento transversal de políticas públicas. Chamo essa forma de uso qualificado da contratação pública de **função derivada da contratação pública** – denominação operacional e que, portanto, não tem a pretensão de ser universal, mas sim de ser utilizada para expressar o objeto deste trabalho.

A **tese** que sustento é a de que, diante da complexificação e das tensões suscitadas pela função derivada, a inclusão de funções derivadas na contratação deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público. Os riscos do uso das contratações públicas como instrumento indireto de políticas públicas parecem superar os benefícios buscados. As contratações públicas não parecem ser o espaço ou o instrumento adequado para a inclusão de fins sociais derivados, acoplados, de forma indireta, ao fim primário da contratação. **A contratação pública deve, assim, ser preferencialmente utilizada em sua função primária e básica.** Caso, contudo, opte-se por utilizar a função derivada, há uma série de fatores que devem ser considerados pelo legislador e pelo gestor público, de modo a reduzir ou, eventualmente, neutralizar as complexificações e as tensões trazidas pela função derivada.

Para demonstrar minha tese, analisei a evolução do movimento da função derivada no Brasil, especialmente a partir do direito positivo. A partir daí, construí proposições teóricas, de modo a caracterizar a função derivada e as tensões que seu uso enseja no âmbito do sistema regulatório de contratações públicas no Brasil. Com base nas conclusões obtidas, fiz proposições quanto ao uso da função derivada nas contratações públicas.

A novidade da proposta deste livro repousa especialmente na abordagem sistêmica do recente fenômeno da função derivada das contratações públicas no cenário nacional. Até agora, as discussões referentes à função derivada têm sido casuísticas, voltadas para análise de inovações específicas – como, por exemplo, os estudos de casos da Lei Complementar nº 123/2006 e das “licitações sustentáveis”. Em tais estudos, parte-se de uma política pública específica para, a partir daí, analisar como as compras públicas podem ser utilizadas para incentivar ou implementar tais políticas. Neste livro, parto da outra ponta, a das **contratações públicas**, para estudar de que forma elas podem ser utilizadas como **instrumento transversal de efetivação de políticas públicas diversas** – e qual o impacto que essa diversificação de fins enseja para as contratações públicas. A proposta será desenvolvida no

âmbito do debate da contratação pública de modo transversal, não focado em uma ou em outra inovação legislativa específica. Com isso, espero contribuir não apenas com os debates sobre o uso do poder de compra estatal para a efetivação de políticas públicas, mas também com a prática das contratações públicas.

1

INTRODUÇÃO

1.1 A função derivada e os desafios para as contratações públicas

Na função de comprador, o Estado contrata a execução de obras, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços com o fim primário de viabilizar o suprimento direto dos entes públicos e a disponibilização de utilidades públicas diretamente relacionadas ao objeto contratado. Compram-se insumos para abastecer os órgãos públicos de materiais; contrata-se a construção de prédio para que ele seja afetado a uma função pública (tal como a instalação de escola ou de hospital). A **contratação pública**³ é vista como “atividade-meio”, que viabiliza o **Estado-comprador**⁴ adquirir determinada utilidade (obra, bem ou serviço) especificada como objeto do contrato. É a **função primária e original da contratação pública**.

O **processo de contratação pública** – compreendendo a identificação da necessidade pública a ser satisfeita, a delimitação do objeto contratual, a seleção do contratado, e a celebração do contrato e execução contratual – é estruturado para o cumprimento dessa finalidade básica e inicial, que pode ser facilmente identificada na descrição do objeto

³ Utilizo a expressão “contratação pública” para abarcar, amplamente, os contratos, as compras e as alienações realizadas por entes públicos, incluídas entidades contratantes da administração pública, bem como os Poderes Judiciário e Legislativo no exercício da função administrativa, enquanto compradores. Ao longo deste trabalho, usarei, de forma equiparada, as expressões “compra pública/estatal”, “poder de compra estatal” e “Estado comprador”.

⁴ Como forma de incluir não apenas o Poder Executivo, mas também os Poderes Judiciário e Legislativo no exercício da função administrativa de compradores, utilizei as expressões “Estado”, “Estado-comprador” e “poder público”.

contratual. Assim, o processo de contratação pública busca assegurar que esse fim primário do contrato seja alcançado com a observância de três valores jurídicos trazidos pela legislação que normatiza as contratações públicas, a partir dos parâmetros da Constituição Federal (CF): *(i) isonomia; (ii) melhor proposta ou proposta mais vantajosa*⁵ *(delimitada, em regra, pelo menor preço ofertado); e (iii) competição.* Pelo regime de contratações pautado essencialmente pela Lei nº 8.666/1993, esses valores devem guiar o alcance da finalidade imediata e principal da contratação: a satisfação de uma necessidade pública específica, por meio do fornecimento de bem, da construção de obra ou da prestação de serviço, conforme descrito no objeto do contrato.

Dessa forma, na função primária da contratação, todas as etapas a serem cumpridas pelo ente público contratante até a efetiva celebração do contrato (e, posteriormente, para o acompanhamento da execução contratual) visam a definir o objeto e a selecionar o contratado (a partir de sua proposta) que sejam aptos a satisfazer (eficácia) a necessidade pública primária que enseja a contratação. Esse objetivo, por sua vez, deve ser alcançado de forma isonômica e com o melhor custo-benefício (e menor dispêndio de recursos) possível. Portanto, independentemente do tipo de finalidade almejada, o objeto é único, e todo o procedimento será diretamente estruturado para a viabilização desse objetivo.

Mais recentemente, contudo, as contratações públicas vêm, cada vez mais, sendo utilizadas como instrumento indireto de políticas públicas, por meio da **inclusão, ao longo de todo o processo de contratação (isto é, não apenas no próprio objeto do contrato), de requisitos ou obrigações paralelos e adicionais à finalidade direta e originalmente visada com aquela contratação.**

Nesses casos, há uma **derivação da finalidade principal e imediata da contratação pública, com a inserção de novo fim.** O Estado passa

⁵ Ao longo deste trabalho, usarei “melhor proposta” e “proposta mais vantajosa” como expressões sinônimas.

a utilizar seu poder de compra, por meio das contratações públicas, como instrumento de efetivação de políticas e fins públicos diversos. É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado compra materiais apenas de fornecedores locais (para incentivar a inclusão social de um determinado grupo); quando exige que o contratado utilize mão de obra de grupos minoritários ou excluídos (a partir de critérios étnicos, de gênero ou sociais, como trabalhadores desempregados ou ex-presidiários); quando confere preferências na contratação de pequenas empresas ou de produtos ou serviços nacionais (para incentivar o desenvolvimento nacional); ou, ainda, quando exige que seus fornecedores observem regras adicionais (que já não sejam impostas pela legislação geral para a cadeia produtiva) de proteção ambiental na produção e descarte dos materiais ou serviços contratados (como forma de promover o desenvolvimento ambiental sustentável).

As contratações públicas são, então, utilizadas de forma análoga ao que ocorre no campo do Direito Tributário, com a chamada **parafiscalidade** ou **extrafiscalidade**. Nesses casos, a tributação é usada como meio para estimular ou desestimular condutas, para alcançar fins públicos relevantes. Pode-se, por meio do uso parafiscal dos tributos, viabilizar determinada política econômica (com a redução da entrada de capital estrangeiro por meio de sua maior taxaçaõ), incentivar um setor industrial nacional (com o aumento da tributação de produtos importados), ou proteger um fim social relevante, como o meio ambiente (com os chamados “tributos verdes”).

Algo semelhante vem ocorrendo com as contratações públicas, que cada vez mais são utilizadas pelo Estado como ferramentas para estimular, desestimular ou impor condutas aos contratados que, de forma indireta, servem ao cumprimento de fins vinculados a políticas públicas previamente estabelecidas. Assim, pela via contratual, o Estado vem promovendo condutas a serem praticadas como condição para acesso dos interessados ao mercado de compras públicas.

Quando o Estado participa do mercado como comprador (**Estado-comprador**), para contratar a aquisição de bens, serviços ou obras, seu interesse direto e imediato é obter a realização do objeto (bem, serviço ou obra) contratado, nas especificações suficientes para satisfazer a necessidade pública que enseja a contratação – e não regular ou fomentar o mercado, ou impor pautas políticas à sociedade, o que é feito por meio de outros instrumentos.

Com a função derivada, o Estado vincula seu papel de comprador ao exercício de uma função regulatória – isto é, o **Estado-regulador/fomentador atua por meio do Estado-comprador**, utilizando as contratações públicas não apenas para adquirir determinado bem, serviço ou obra, mas também para implementar outro fim público, diversificando assim os fins das contratações públicas.

Ao direcionar seu poder de contratar, há a **derivação** da função primária e original da contratação pública, com a **inclusão, em alguma etapa do processo de contratação, de finalidade adicional a ser por ela perseguida. A função derivada permite a conexão direta entre os papéis de Estado-comprador e de Estado promotor de fins públicos** (Estado-regulador/fomentador/executor de políticas públicas)⁶. Trata-se de instrumento com alto potencial de impacto, tendo em vista a grandeza monetária que as compras estatais representam e a possibilidade de sua utilização pela União, pelos estados e pelos municípios.

A expressão “função derivada” busca demonstrar esse movimento de passagem de uma função original e, até então, única da contratação pública (a execução de obra, o fornecimento de bem ou a prestação de serviço), para a derivação de uma finalidade adicional (fim adicional

⁶ McCruden (2007, p. 3) usa o termo “linkage” para narrar justamente essa junção entre os papéis do Estado como comprador e do Estado como regulador: “The particular issue that is the focus of this book is how government attempt to combine the three functions of government distinguished up to now: participating in the market but regulating it at the same time, by using its purchasing power to advance conceptions of social justice, particular equality and non-discrimination. The term ‘linkage’ is used throughout the book to describe this use of procurement”.

de política pública), com a diversificação dos fins da contratação. Esse fenômeno começa a ser referido no contexto nacional com nomes diversos: “função regulatória da licitação/contrato administrativo”, “função social”, “função extra-econômica”, “função horizontal” e até mesmo “função anômala”.⁷ Embora todas essas expressões tenham por objeto o uso do poder de contratar do Estado para direcionar e induzir condutas, entendo que elas não representam, com a especificidade adequada, a delimitação do tema aqui proposta. Este livro analisa a inclusão de finalidade pública como fim adicional e derivado na contratação pública – tendo, pois, abordagem mais restrita do que o tema “poder de compra estatal”.⁸ Ressalte-se que, no presente trabalho, a palavra “derivada” não denota menor importância da finalidade adicional visada, em relação à finalidade primária, e tampouco reflete

⁷ Interessante mencionar, ainda, as expressões utilizadas para definir o que chamo de função derivada no idioma inglês: “linkage”, “horizontal policy”, “conditionality”, “secondary criteria”, “secondary policy”, “collateral policy”, “indirect use of public procurement”, “targeted procurement” e “selective purchasing” (essas duas últimas abarcam apenas as licitações restritas a determinado grupo que se pretende proteger ou promover).

⁸ Em relação à expressão “função social”, ela foca no objetivo visado (um fim social), e não na contratação pública. Ademais, o fenômeno aqui analisado pode estar voltado para a realização de políticas que não se caracterizam exclusivamente como sociais – políticas industriais, por exemplo. Já a expressão “função anômala” parece embutir crítica quanto à inadequação a priori desse novo uso da contratação pública. As expressões “função regulatória” e “função horizontal” conferem abrangência mais ampla à aqui pretendida, parecendo referir-se a qualquer direcionamento do poder de compra estatal – e não ao direcionamento por meio da derivação dos fins da contratação, como delimitado neste trabalho. Por fim, a expressão “função secundária” é adequada para expressar o tema deste trabalho, na medida em que a derivação da função primária e original da contratação implica, de fato, a adição de finalidade secundária à contratação (com a preservação da finalidade primária). Entretanto, prefere-se a expressão “função derivada”, para evitar qualquer associação à (inexistente) hierarquia de grau de importância do fim derivado visado, em relação ao fim primário e original da contratação.

relação de preferência ou importância para a coletividade entre os objetivos finais visados.⁹

A contratação pública passa a comportar, além de sua função original e primária, uma função derivada e adicional. Ressalto, desde já, que a divisão “função primária” e “função derivada” não é estritamente cronológica (embora haja alguma vinculação temporal), mas sim uma divisão proposta para melhor delimitar o objeto de estudo (a função derivada).

Esse movimento de diversificação dos fins das contratações públicas enseja complexificação nas suas finalidades, que passam a ter por objetivo não apenas a adequada obtenção de obra, bem ou serviço, mas também a satisfação de outro fim público que lhe foi adicionalmente imputado. Se, antes, a contratação cumpria uma função primária e visava à satisfação de certo fim facilmente identificável no objeto da contratação, com a função derivada passa-se a acrescentar finalidades outras, que são indiretamente incorporadas no processo de contratação – seja na própria caracterização do objeto da contratação, seja a partir de características específicas previstas ao longo do processo de contratação pública ou da execução contratual.

Ocorre que, se por um lado a função derivada mostra-se como instrumento com potencial de colaborar na efetivação de políticas públicas, por outro ela traz novos desafios para o sistema de contratações públicas. Os fins visados pelo Estado-comprador diferem de (e, por vezes, conflitam com) os objetivos visados pelo Estado-

⁹ Essa preocupação em esclarecer não se tratar de preferência em relação ao grau de importância dos fins visados remete à origem da utilização de termos diversos para referência à função derivada na doutrina estrangeira. Nesse sentido, no idioma inglês, há autores que atualmente evitam o uso do termo “secondary policies”, para afastar qualquer ilação indevida a respeito da menor relevância do fim adicional perseguido. Nesse sentido, por exemplo, manifestam-se Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 13), que preferem utilizar o termo “horizontal policies”: “The label ‘secondary policies’ is, however, problematic for several reasons. In general terms, it may be said that his label tends to detract from an important point of principle that should inform analysis in this area, namely the equal status of horizontal policies and other governmental policies”.

regulador/fomentador. E então, quando essas duas funções estatais, com preocupações diversas, são congregadas em um único instrumento (a contratação pública), como harmonizá-las?

Os principais desafios decorrem do fato de que esses dois fins que passam a ser atribuídos à contratação pública – a função primária, de obtenção de obra, bem ou serviço; e a função derivada, de realização de fim público adicional – partem de **valores essencialmente contrapostos**, gerando tensões no âmbito da contratação. Enquanto a função primária tem por cerne os valores de isonomia, competição e eficiência (eficiência que, no Brasil, é pautada ainda pela economicidade, isto é, pelo menor preço), a função derivada tem por principal embasamento valores distributivos e de equidade material.

Em decorrência, a função derivada produz tensão com os valores jurídicos das contratações públicas – isonomia, competição e economicidade –, além de aumentar a complexidade do procedimento de contratação e as dificuldades relacionadas ao acompanhamento de sua eficácia. Há, ainda, outras questões trazidas pela função derivada, tais como o grau de legalidade a ser observado para sua previsão e seu uso (o que se relaciona com seu eventual déficit democrático); a existência de múltiplas esferas de regulamentação e implementação da função derivada, gerando questões relacionadas à segurança jurídica e transparência; os possíveis efeitos extraterritoriais da função derivada; e as dificuldades diante da globalização dos mercados nacionais.

O quão mais caro pode-se pagar, sem que se fira a lógica da eficiência, por uma contratação que, além da obtenção do objeto primário, ensejará a inclusão de grupo hipossuficiente: 25%, como impõe a margem de preferência para bens e produtos nacionais, ou 10%, como impõe a margem de preferência para micro e pequenas empresas locais? Que tipos de preferências podem ser concedidos no âmbito do processo de contratação para o fomento de determinado grupo ou atividade, sem que se infrinja a isonomia e sem que se impacte a ampla competição:

a especificação adicional na delimitação do objeto, a obrigação contratual adicional ou a preferência no próprio preço ofertado? Como readequar o processo de contratação pública – desde a delimitação do objeto, escolha da melhor proposta e execução contratual – a esse novo cenário de diversificação dos fins da contratação, de modo a assegurar a eficácia dos fins que passam a ser perseguidos? A quem cabe decidir sobre os “*trade-offs*”¹⁰ existentes nesse movimento de diversificação dos fins das contratações públicas: o legislador ou o órgão público contratante? E, afinal, para o que serve a contratação pública: para viabilizar um fim/objeto específico que a ensaja, ou para promover fins múltiplos e diversos?

Apesar desse “conflito existencial” que passa a existir na contratação pública a partir da introdução da função derivada, essa vem sendo utilizada no Brasil sem as necessárias ponderações e análises mais consistentes quanto aos seus custos e aos seus resultados. Não se nega a importância de caracterizar a proposta mais vantajosa a partir de critérios mais abrangentes do que só o menor preço. Tampouco se nega a importância dos fins e dos valores buscados com a função derivada. Mas seriam as contratações públicas o meio, o instrumento mais adequado (em termos de eficácia e eficiência) para realizar esses fins de políticas sociais?

Este trabalho estuda como o movimento da função derivada impacta as contratações públicas, identificando os desafios trazidos por essa prática, e as adaptações necessárias tanto no processo de contratação pública, como na própria função derivada. Mas seriam as contratações

¹⁰ Ao longo do trabalho, a expressão “*trade-off(s)*” refere-se aos processos de negociação e/ou escolhas (normalmente, de valores e de alocação de recursos).

públicas o meio, o instrumento mais adequado (em termos de eficácia e eficiência) para realizar esses fins de políticas sociais?¹¹

Este trabalho estuda como o movimento da função derivada impacta as contratações públicas, identificando os desafios trazidos por essa prática, e as adaptações necessárias tanto no processo de contratação pública, como na própria função derivada.

1.2 Contextualização do poder de compra estatal

O poder de compra (poder de contratar) estatal pode ser abordado a partir de quatro perspectivas diversas: *(i) gasto público; (ii) contratação pública; (iii) política pública em si mesma; e (iv) instrumento de políticas públicas.*

Como **gasto público**, as compras estatais são estudadas pelo dispêndio de recursos orçamentários que (em regra) ensejam. Nessa perspectiva, ressalta-se a preocupação com a eficiência, a racionalização e a transparência na aplicação dos recursos públicos. Para isso, consideram-se as normas orçamentárias, que visam a assegurar a observância desses princípios quando da aplicação de recursos públicos. Há, ainda, a preocupação com a escolha, com a tomada de decisão quanto ao

¹¹ Partindo dessa indagação, pode-se argumentar que, uma vez tomada a decisão de alocação de recursos para a implementação de um fim público (decisão essa pautada por uma racionalidade estritamente política), essa decisão deve ser executada da forma mais eficaz e eficiente possível, até como forma de assegurar a decisão valorativa previamente tomada, bem como viabilizar novas decisões distributivas.

gasto público:¹² o que, onde, quanto e como gastar são decisões que impactam a ação governamental e a realização de fins públicos.

Pelo viés da **contratação pública**, o estudo do poder de compra estatal abarca questões relacionadas à formalização do procedimento, passando pela definição do objeto (a partir da necessidade pública identificada), seleção do contratado e execução do contrato (com a entrega do objeto). Embora fale-se, aqui, em formalização e procedimento, não se trata de abordagem meramente processual, mas também material: as diversas decisões tomadas pelo ente contratante ao longo desse processo envolvem questões (o que, de quem, quanto e como comprar) relacionadas à alocação de recursos públicos. Partindo-se dessas preocupações, são analisadas as regras específicas da ação estatal por meio de suas contratações, relacionadas à eficácia, eficiência e isonomia.

O poder de compra estatal pode, ainda, ser estudado como **política pública em si mesma**. Como forma de ação administrativa, o sistema de contratações públicas pode ser visto como política pública, assim considerada instrumento de ação dos governos que redireciona “**o eixo de organização do governo da lei para as políticas**”, conforme

¹² Frossard e Câmara (2010, p. 6) destacam mudanças na percepção do gasto público ensejadas pelas compras estatais, a partir da transição entre compra para suprimento da administração e compra para execução de outros fins públicos: “A função original de qualquer compra é, como destaca Arantes (2006), ser instrumento que supre à administração dos bens necessários à execução das políticas públicas e ao seu funcionamento regular. As compras, como instrumento, permitem que a administração pública mantenha escolas, socorra pessoas em situação de calamidade, forneça remédios em hospitais públicos, construa estradas, entre outras atividades. Contudo, para além desta perspectiva, Arantes (2006) destaca que com o crescimento da demanda por bens e serviços do Estado, as compras públicas passaram aos poucos a ser percebidas não apenas como um instrumento para o suprimento dos bens necessários ao funcionamento da Administração Pública, mas também como uma forma de aplicar recursos públicos para apoiar ou estimular grupos ou segmentos da sociedade considerados vulneráveis ou estratégicos para a economia nacional, inclusive para a geração de emprego, renda e desenvolvimento local”.

definição apresentada por Bucci (2002).¹³ Eficiência, igualdade e competição são valores tradicionalmente buscados por essas contratações, e que podem ser perseguidos com intensidade e formas diferentes, a depender de como o sistema é moldado como uma política pública. Essa perspectiva é destacada por Frossard e Câmara (2010, p. 9), que apontam que “[a] prática do poder de compras, a partir de sua gestão, é um problema de pesquisa que implica em considerar as ‘compras governamentais’ como instrumento de ação”. Cite-se, ainda, o estudo de Fernandes (2010), que considerou os diferentes movimentos das compras estatais no Brasil pela perspectiva de política pública, analisando, para isso, o contexto político e as questões relacionadas à gestão administrativa e aos atores envolvidos na formulação e aplicação do sistema de contratações.

Finalmente, o poder de compra estatal pode também ser estudado como **instrumento transversal de políticas públicas**, servindo como meio para a implementação de fins previstos em políticas públicas setoriais diversas.¹⁴ Essa última perspectiva ajuda a explicar a função derivada. Tradicionalmente, as compras estatais seriam utilizadas como mero suporte para os entes estatais, viabilizando a obtenção de bens, serviços e obras que os supririam dos meios necessários para a disponibilização de utilidades públicas para sociedade. Com a função derivada, a contratação passaria a viabilizar, ela própria, o alcance de fins públicos adicionais e diversos, servindo como instrumento efetivo de políticas públicas.

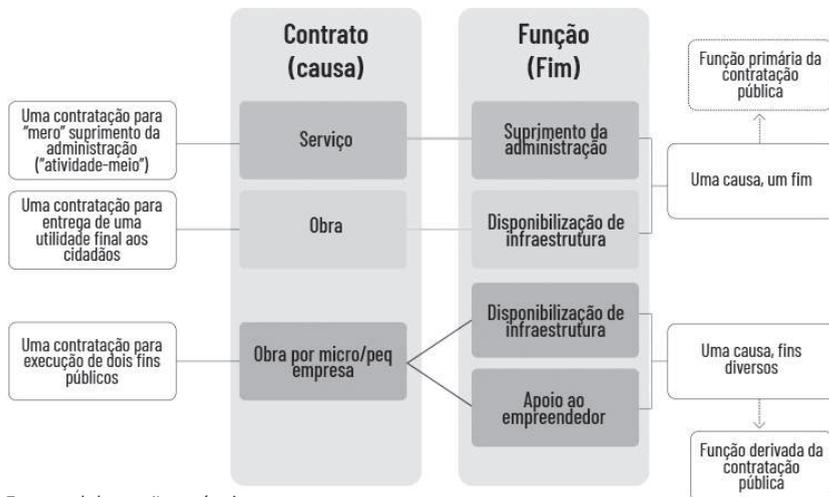
¹³ Trata-se da definição de política pública trazida por Bucci (2002, p. 252), nos exatos seguintes termos: “As políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas”.

¹⁴ Ressalte-se, contudo, que o estudo do poder de compra como política pública e como instrumento de política não pode ser completamente separado, uma vez que, muitas vezes, haverá via dupla entre contratação e política pública. Como apontam Pereira Junior e Dotti (2009, p. 41), a atividade contratual deve exprimir escolhas de políticas públicas (vinculação obrigatória das atividades administrativas às políticas públicas); por outro lado, o dever de licitar traduz ele próprio uma política pública, que pode servir também para outras políticas públicas, como no caso da concessão de florestas como instrumento da política ambiental.

Embora, em geral, essa última perspectiva seja útil para esclarecer a inovação trazida pela função derivada, entendo que não a capture por completo. Isso porque a atividade estatal sempre estará vinculada à realização de fins públicos. A contratação pública não é diferente: sempre visará a satisfazer fins públicos e a permitir, de forma mais ou menos imediata, a implementação de políticas públicas – ainda que seja como “atividade-meio”, para o “simples” suprimento administrativo dos órgãos públicos.

A peculiaridade do fenômeno aqui estudado é a diversificação de fins, a partir de um único instrumento de ação estatal. Por meio de uma mesma contratação, além do seu fim básico, promove-se a derivação de um novo fim que caracteriza o direcionamento do poder de compra estatal por essa via indireta – diferenciando-se, portanto, do uso direto do poder de compra, para realização de fins públicos diversos, inclusive para a intervenção estatal na economia. O Gráfico 1 – Movimento de derivação dos fins da contratação, a seguir, demonstra o movimento de diversificação dos fins da contratação, a partir da inclusão da função derivada.

Gráfico 1 – Movimento de derivação dos fins da contratação



Fonte: elaboração própria.

A principal característica do fenômeno aqui analisado, que perpassa todas essas perspectivas, é a **diversificação das funções a serem cumpridas por uma mesma contratação pública**.

Tradicionalmente, a contratação pública envolve um instrumento (o contrato administrativo) para uma causa-função (a finalidade primária que enseja essa contratação: a necessidade de obtenção de bem, obra ou serviço). A função derivada adiciona nova finalidade a uma única causa: uma contratação, um objeto, e fins públicos diversos a serem perseguidos. Esse movimento de diversificação das funções de uma mesma causa (uma mesma contratação) traz consequências relevantes para o poder de compra estatal, em todas as perspectivas de análise: como gasto público, como contratação em si, como política pública e como instrumento de política pública.

Neste trabalho, o estudo da função derivada passará por essas quatro perspectivas de poder de compra estatal, especialmente pelas três últimas. O foco, porém, será na perspectiva da contratação pública, isto é, como a função derivada impacta as contratações públicas, e se e em qual medida aquela reconfigura estas. Não analisarei as regras específicas do orçamento público, mas ainda assim a preocupação com a racionalidade e transparência do gasto público estará presente.

1.3 Delimitação da função derivada

Para este livro, **função derivada da contratação pública representa a atribuição de uma finalidade nova e adicional à função primária da contratação**. A função derivada é operacionalizada pela inclusão, em qualquer fase da contratação pública, de restrições, obrigações ou preferências adicionais à finalidade primária do contrato e a ela não originárias.¹⁵

¹⁵ A definição mais detalhada da função derivada será desenvolvida no Capítulo 4.

Não é, contudo, qualquer requisito, obrigação ou preferência na delimitação do objeto, no processo de contratação ou na execução contratual que serão enquadrados na função derivada para o presente trabalho. Serão consideradas como função derivada apenas **restrições, obrigações ou preferências que incidam especificamente sobre as contratações públicas, sejam elas facultativas ou obrigatórias**. De outro viés, não se incluem como formas de função derivada exigências ou requisitos aplicados para toda a cadeia produtiva (ou para a cadeia produtiva dos objetos que se encontram em posição equiparável), independentemente de seu fornecimento específico para o mercado de compras públicas.¹⁶

Além disso, o objeto deste trabalho é mais restrito do que o tema “poder de compra de estatal”. Assim, não se enquadra na função derivada da contratação o uso direto do poder de compra estatal para incentivar ou fomentar determinado setor ou grupo de interesse legítimo. Seriam os casos em que o contrato administrativo é utilizado de forma direta para formalizar o fomento de atividade privada de interesse público¹⁷ ou mesmo para viabilizar política econômica de estímulo ao consumo e criação de mercado consumidor.¹⁸ Nesses exemplos, o fomento da política pública é contratado de forma direta, constituindo a própria

¹⁶ Excluem-se da definição de função derivada, portanto, exigências impostas como forma de assegurar a eficácia de normas regulatórias gerais, aplicáveis a toda a cadeia produtiva. Sobre essa delimitação, ver o item 4.2.1.

¹⁷ Nesse sentido, não se enquadra na hipótese de função derivada, por exemplo, o “contrato de fomento” abordado por Justen Filho e Jordão (2011). Nesse caso, embora o poder público utilize seu poder de contratação para celebrar avenças que visam a fomentar um grupo social e economicamente desfavorecido, esse fomento é contratado de forma direta, isto é, ele é o próprio objeto primário desse contrato administrativo.

¹⁸ Exemplos nesse sentido (e que, portanto, extrapolam o objeto deste trabalho) são: a hipótese de dispensa de licitação para a intervenção do Estado no domínio econômico para a regulação de preços ou normalização do abastecimento, regulada pelo art. 24, VI, da Lei nº 8.666/1993; a política do *New Deal*, nos Estados Unidos da América, que utilizou a intensificação das contratações públicas para estímulo da economia, como forma de combater a recessão econômica então vivenciada pelo país; ou, ainda, as políticas de inovação baseadas na criação de demanda, por meio das compras públicas, para estimular a concepção de novos produtos e serviços (*Demand Based Innovation Policy*).

finalidade primária do contrato, e não uma finalidade secundária adicionada à avença. Embora o mecanismo seja o mesmo – o uso, pelo Estado, de seu poder de consumidor para fomentar e influenciar condutas –, **este trabalho tem por objeto o estudo desse mecanismo quando estruturado de forma indireta, derivada, secundária, embutido em uma contratação pública que tenha outra finalidade primária e original.**

Não pretendo, com isso, reduzir artificialmente uma realidade que parece ser mais ampla do que a do objeto deste livro.

Há, de fato, diversas situações de uso das contratações públicas como meio para assegurar ou aumentar a eficácia de norma geral, ou como instrumento direto de fomento a grupos ou setores específicos. Ocorre que, embora esses casos possam ser fática e materialmente relevantes, eles não suscitam todos os conflitos que a função derivada, com a delimitação aqui proposta, é capaz de provocar.

É o exemplo do uso da contratação pública como instrumento para assegurar a eficácia de obrigação legal geral e vigente. Por um lado, esse uso pode trazer complexidade para o procedimento de contratação, tanto para o ente contratante, como para potenciais interessados. Por outro, contudo, esse uso não levanta a questão da legitimidade democrática, e seu potencial de conflito com a isonomia tende a ser bem menor (já que se trata de norma igualmente aplicável a todos).

O mesmo ocorre na situação de uso direto da contratação pública para o fomento de determinados grupos ou setores: se é certo que pode haver questionamentos quanto aos critérios de escolha dos beneficiados (e, portanto, quanto à isonomia), não há, por outro lado, a complexificação gerada pela diversificação dos fins da contratação, uma vez que o fomento é colocado como o próprio objeto da contratação.

Ainda assim, mesmo com a delimitação mais restrita de função derivada adotada por este trabalho, as considerações aqui desenvolvidas podem ser aplicadas a uma conceituação mais ampla de “direcionamento” das contratações públicas, pois as questões jurídicas que tal uso pode gerar já estarão compreendidas nas questões jurídicas ensejadas pela função derivada tal como aqui delimitada.

1.4 Notas metodológicas

O livro tem por objetivo investigar a **função derivada** das contratações públicas no **cenário normativo nacional**, identificando os pontos de tensão que ela gera no sistema de contratações públicas.

Qual a origem do movimento de função derivada das contratações públicas no Brasil? Quais as características e os fundamentos jurídicos dessa função derivada? Por que usar o poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas – e como melhor fazê-lo? Quais os desafios que esse movimento traz para o sistema de contratações públicas? Quais os parâmetros e limites a serem observados para assegurar a viabilidade jurídica da função derivada?

A partir das respostas a essas indagações, pretende-se ir além de uma análise binária sobre a viabilidade jurídica da função derivada.¹⁹ Parte-se da premissa de que diversos fatores podem interferir na viabilidade jurídica da função derivada. Assim, ela pode conflitar com outros valores igualmente protegidos e visados na contratação pública, especialmente aqueles vinculados com sua função primária: economicidade, eficiência, isonomia e competitividade. Não se pretende concluir pela viabilidade

¹⁹ A análise binária sobre a possibilidade jurídica da função derivada é a principal abordagem doutrinária atualmente existente no Brasil. Nesse sentido, por exemplo, costuma-se afastar eventuais críticas à função derivada, com o argumento de que a “melhor proposta” não equivale ao “menor preço” – argumento que, aliás, este trabalho em nenhum momento contesta –, ou então com a afirmação de que o Estado tem o dever de promover o fim derivado em específico – sem que as consequências da seleção da forma (a função derivada) para sua promoção sejam consideradas.

ou inviabilidade jurídica da função derivada, mas sim estudar os fatores envolvidos para harmonizar os diversos interesses e assim pensar a função derivada de forma juridicamente adequada.²⁰

Ressalto que não pretendo construir mecanismos para comparar o poder de compra estatal, como instrumento de políticas públicas, com outros instrumentos que podem ser previstos em políticas públicas para a disponibilização de serviços e utilidades para a população. O objeto deste trabalho é o estudo da função derivada das contratações públicas, o que implica analisá-la, em si mesma, como instrumento de efetivação de políticas públicas. Ainda assim, para eventualmente apontar vantagens e desvantagens, tecerei comparações com outros instrumentos de políticas públicas – sem, no entanto, pretender priorizar as ferramentas de execução de políticas públicas disponíveis.

Ademais, não adentrarei nos objetivos derivados trazidos pelas políticas públicas setoriais. Minha proposta é a de analisar o instrumento escolhido – a função derivada –, não as políticas e os fins em si. Exemplificativamente, não avaliarei se o fomento às micro e pequenas empresas é uma ação governamental capaz de, de forma eficaz e eficiente, estimular a economia e gerar empregos; a indagação aqui proposta é se a contratação pública (e, mais especificamente, a função derivada da contratação pública) seria o meio juridicamente adequado para implementar esse fim previamente escolhido.

Note-se, portanto, que, por trás da função derivada, haverá decisões políticas e econômicas tomadas no âmbito das políticas públicas. Ao

²⁰ O art. 4º, V, Lei do RDC, é exemplo interessante da necessidade de ponderação de interesses conflitantes: “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) V - utilização, **sempre que possível**, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, **desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação**; e”. Veja-se, assim, que o dispositivo propõe a adoção de uma preferência de suprimento local, mas desde que esse critério não cause prejuízos à eficiência e economicidade da contratação.

olhar para as contratações públicas como instrumento dessas decisões, não irei analisar a eventual adequação da política (e seus fins) em si, mas sim a adequação do instrumento escolhido.

Ressalto, ainda, que a decisão do poder público de não comprar não se enquadra na função derivada, tendo em vista a inexistência de contratação pública.²¹

Quanto à terminologia, o livro adota a expressão “**contratação pública**” para englobar **todo o processo de contratação**, desde (i) a identificação da necessidade pública, definição do objeto contratual e requisitos mínimos a serem atendidos pelo contratado (chamada de “fase interna” da contratação); (ii) o processo de escolha da melhor proposta (por meio de licitação ou de contratação direta, nas hipóteses legalmente previstas); e (iii) a celebração, execução e encerramento contratual.

O trabalho adota como premissa normativa a seguinte **legislação geral de contratações públicas**: Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995²² (Lei das Concessões), Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas – Lei das PPPs) e Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado das Contratações Públicas – Lei do RDC). Além disso, serão estudadas as leis nacionais que preveem hipóteses de função derivada.

Ressalte-se que o estudo de fontes estrangeiras – doutrinária, normativa e de casos concretos – não é o foco deste trabalho, mas foi utilizado pontualmente para subsidiar a análise e problematização do tema.

²¹ Dialogo (e discordo) aqui com Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 128-129), para os quais a decisão de não comprar é um exemplo de função derivada (“horizontal policy”, conforme terminologia adotada pelos autores) em prol de uma política ambiental, tendo em vista a diminuição dos custos sociais e ambientais.

²² Ressalte-se que, embora as “concessões comuns”, reguladas pela Lei nº 8.987/1995, não ensejem em regra o dispêndio de recursos públicos (sendo a remuneração da concessionária, em geral, pautada pela cobrança de tarifa dos usuários), ainda assim se coloca a questão da boa contratação para a administração – e para a finalidade pública que se pretende satisfazer –, tornando igualmente relevante o estudo da função derivada também nessas contratações.

Do mesmo modo, não estudei exaustivamente a jurisprudência sobre o tema. Mas as decisões dos tribunais foram trazidas no estudo de casos concretos sobre a função derivada (item 3.8), subsidiando minhas reflexões.

1.5 Estrutura do livro

Para alcançar os objetivos propostos, o livro está estruturado da seguinte forma.

Após esta introdução, o **Capítulo 2** traz o “ponto de partida” das contratações públicas, com sua função primária, para posteriormente melhor demonstrar o movimento de diversificação das finalidades das contratações públicas com a função derivada. Assim, o Capítulo 2 constrói o cenário de partida das contratações públicas (a função primária), utilizadas como mero meio para contratar a execução de obra, o fornecimento de bens ou a prestação, de forma eficiente e com observância à isonomia e estímulo à máxima competição, de modo a atender uma necessidade pública específica e claramente relacionada ao objeto do contrato.

Já o **Capítulo 3** constrói o movimento da função derivada no Brasil, a partir da perspectiva evolutiva do contexto jurídico-institucional dessa prática. Analiso o fenômeno normativo da função derivada, sem, contudo, descuidar do contexto institucional no qual ela se insere. Para isso, inicialmente descrevo algumas mudanças recentes no sistema de contratações públicas, que constituem a base a partir da qual se constrói o movimento de função derivada. Adentro, então, no cenário normativo da função derivada das contratações públicas no Brasil. O objetivo é mapear as principais características dessas experiências de função derivada – e, a partir disso, identificar e caracterizar um movimento de utilização da função derivada das contratações públicas no país. Completo o capítulo com o estudo de alguns casos, selecionados a

partir do levantamento normativo, momento em que aprofundarei a compreensão da prática da função derivada.

O **Capítulo 4** contém concepções teóricas da função derivada adequadas ao fenômeno jurídico contratual, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da investigação normativa realizada no capítulo anterior, pretendo extrair abstrações teóricas sobre o fenômeno, de modo a melhor compreendê-lo, analisando suas características e seus fundamentos para o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil. Eis o motivo pelo qual optei por inicialmente descrever o direito positivo da função derivada (**Capítulo 3**), para identificar, a partir dos resultados encontrados, as principais características e fundamentos desse fenômeno.²³

Traçadas as características e os fundamentos da função derivada, o **Capítulo 5** foca as questões jurídicas que a função derivada enseja para o sistema de contratações públicas, a partir de maior complexificação por ela trazida e dos pontos de tensão com os valores tradicionais da função primária. É imprescindível compreender as tensões geradas pela função derivada, para poder eliminá-las, reduzi-las ou harmonizá-las.

Concluo enfrentando os desafios gerados pela função derivada, conforme identificados anteriormente (**Capítulo 6**). A tese sustentada é a de que a função derivada deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público, tendo em vista a complexificação e as tensões que ela enseja no sistema regulatório de contratações públicas. Caso, contudo, opte-se por utilizá-la, o legislador e o gestor público devem considerar essas tensões trazidas pela função derivada, garantindo

²³ Para a estruturação do livro, parto do entendimento de que a função derivada está se desenhando e se implementando com pouco esforço teórico de sua sistematização, de forma um tanto quanto caótica, sem que as consequências – tanto para a função primária, como para a própria efetividade da função derivada – sejam ponderadas. Inexiste modelo teórico que busque demonstrar as tensões e compatibilizá-las quando viável. Partindo, portanto, dessa premissa, não faria sentido falar primeiro sobre questões teóricas e depois analisar o cenário normativo. Por isso, a inversão: primeiro, realizei o estudo de casos para, a partir deles, construir ponderações mais teóricas.

a observância de outros valores igualmente protegidos pela ordem jurídica e relevantes para o sistema de contratações públicas. São esses os dois pontos de chegada que proponho sejam almejados pela função derivada. Assim, no capítulo conclusivo, adoto abordagem propositiva, formulando e sugerindo os ajustes necessários no plano jurídico do fenômeno estudado.

2

O PONTO DE PARTIDA: PODER DE COMPRA ESTATAL E FUNÇÃO PRIMÁRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Resumo do capítulo

O capítulo analisa os parâmetros referentes às compras públicas trazidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.666/1993, espinha dorsal do sistema de contratações públicas brasileiro, de modo a identificar os fins e valores que deverão ser observados pelas contratações públicas.

Essas normas trazem por premissa uma função primária e primordial a ser atendida pelo Estado-comprador: a satisfação de uma necessidade pública imediata, claramente identificável a partir do objeto do contrato.

A satisfação dessa necessidade (isto é, o procedimento de contratação pública), por sua vez, deve respeitar essencialmente os valores de eficiência (melhor custo-benefício), economicidade (menor preço), isonomia e competição.

Se os valores eleitos pelo sistema brasileiro de contratações públicas são promovidos a partir da satisfação da função primária da contratação, pode-se aventar que o movimento de diversificação de seus fins ensejará desafios para o processo de compras estatais.

2.1 Introdução

Afinal, por que o Estado contrata e realiza negócios diversos? E quais os impactos que as finalidades envolvidas trazem para a procedimentalização das contratações públicas?

Há ampla diversidade de fins, objetivos e valores que podem ser buscados pelo Estado nas suas contratações.

A função de comprador assumida pela Estado está mais diretamente relacionada aos valores econômicos de **eficiência** e **vantajosidade** (*best value for money*) da contratação (uma relação de custo-benefício: a melhor qualidade pelo menor custo possível) ou, simplesmente, de **economicidade** (o menor dispêndio de recursos financeiros possível). As contratações, inclusive as realizadas por entes públicos, são caracterizadas, em sua essência, como negócio jurídico, naturalmente trazendo a eficiência como valor relevante.²⁴ De forma generalizada, trata-se de gastar o menor montante de recursos possível para obter o objeto necessário.

Isso não significa, contudo, que o ordenamento jurídico não possa elencar outros fins e valores a serem perseguidos pelas contratações – tais como a isonomia ou a promoção de valores distributivos, visando à equidade material –, que não necessariamente convergem (e podem até divergir) com os valores econômicos. Trepte (2004, p. 9) aborda essa complexificação de valores a partir de três papéis de atuação do Estado no âmbito de seu poder de compra: **econômico**, **político** e **internacional**. Esses fins podem ser perseguidos isolada ou conjuntamente, cabendo ao sistema regulatório das contratações públicas regulá-los e harmonizá-los, evitando situações de conflito. A

²⁴ Nesse sentido, Schooner (2002, p. 10-11): “Yet in any transaction involving commerce, efficiency plays an important role. When we talk about efficiency in this context, we focus primarily upon administrative or transactional efficiency (although the concept could be applied in a far broader context). In other words, a procurement system is efficient when it spends the least amount of resources in the process of purchasing what is needed”.

forma como esses valores são combinados varia para cada sistema, trazendo singularidade para cada um.²⁵

Além disso, há também diferentes “interessados” e “beneficiados” com a contratação pública, o que complexifica ainda mais a identificação dos interesses em jogo e dos valores a serem perseguidos. Usando a perspectiva da relação de agência (principal-agente)²⁶, pode-se dizer

²⁵ Nas palavras do autor: “For the purposes of this investigation, the underlying objectives of procurement regulation have been divided into three broad categories: economic, political and international. (...) It is the interrelationship between these different objectives and the extent to which they are complementary or in conflict which gives rise to tensions between the different systems. It is the importance and extent of the mix of objectives which distinguishes individual procurement systems. It is the identification and understanding of these objectives which enables the creation of appropriate procurement systems and which facilitates their amendment to changing circumstances and shifting priorities. It is the recognition of the existence of different and complementary needs which enables domestic systems to be incorporated into international systems with the minimum of conflict to the maximum benefit of all the interested parties”.

²⁶ A relação agente-principal é estudada pela teoria de agência (agency theory), com foco nos mecanismos adequados para incentivar que um agente execute adequadamente um fim determinado por um principal. Na medida em que o agente acabará detendo alguma margem de discricionariedade para tomar decisões necessárias para a execução do fim determinado pelo principal, gera-se o desafio de se prever incentivos (mecanismos de estímulo, compensação e sanção) para preservar os interesses do principal. Jensen e Meckling (1976, p. 5) assim definem a relação principal-agente: “We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers, there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The principal can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent. In addition in some situations it will pay the agent to expend resources (bonding costs) to guarantee that he will not take certain actions which would harm the principal or to ensure that the principal will be compensated if he does take such actions. However, it is generally impossible for the principal or the agent at zero cost to ensure that the agent will make optimal decisions from the principal’s viewpoint”.

que há diversos “principais” envolvidos nas contratações públicas,²⁷ cada qual com um interesse específico: o contribuinte, que objetiva a contratação pelo menor preço final; o usuário imediato do objeto contratado (seja ele ente público ou alguma parcela da população), que deseja garantir a melhor qualidade possível; ou o Estado como ente contratante, que, em geral, busca obter mais e melhores serviços, pelo menor custo possível.²⁸ O processo de contratação pública tem, portanto, diferentes principais, com interesses diversos, surgindo daí a questão de como convergir os interesses dos principais em um mesmo

²⁷ Aplicando a relação agente-principal especificamente para o setor público, Stiglitz (1999, p. 202) identifica os cidadãos como os principais, e os servidores públicos como os agentes: “The problem to which Niskanem called attention – that government bureaucrats may act in their own interests, and not necessarily in the interests of the citizens whom they are supposed to serve – is an example of a general class of problems called principal-agent problems. The principal-agent problem is simply the familiar problem of how one person gets another to do what he wants. Here, the problem is, how do citizens (the ‘principals’) get their employees, public servants (the agents), to act in their interests?”. Ressalto, contudo, que, no âmbito das contratações públicas, o conceito de principal pode ser ampliado, seja para focar a população por diferentes perspectivas (contribuinte e usuário, por exemplo), seja para incluir o próprio Estado como um principal (e o ente/servidor contratante como seu agente).

²⁸ Yukins (2010) utiliza a relação de agente para analisar diversos conflitos que surgem no âmbito das contratações públicas. A partir dessa perspectiva, Yukins (2010, p. 74) aponta, por exemplo, as diferentes concepções de melhor proposta, a depender do principal: “‘Best value’ for the taxpayer may mean minimizing cost to achieve good value. An end user, however – a pilot, for example, whose life depends on having the very best aircraft – may be satisfied only with the very highest-quality item or service, regardless of cost. By pointing out that customer satisfaction and best value are different, Schooner highlighted a paradox in procurement, which in turn points out a central tension in the principal-agent model: there can, in fact, be several principals, all competing for primacy to control the long chain of the procurement system.”. Falando sobre a função derivada nas contratações, Yukins (2010, p. 78) entende que a teoria do agente-principal pode ser interessante para compreender esse fenômeno uma vez previsto pelo sistema de contratações (isto é, após a decisão política): “As Schooner’s observations suggest, socioeconomic preferences, including wealth distribution policies, are really a function of politics, not procurement; as a result, agency theory, which best explains dynamics within the procurement system, has little to offer to explain how those socioeconomic policies emerge. That said, agency theory does help to explain how socioeconomic requirements play out once those requirements are imposed, generally by statute”.

objetivo para a contratação – e de definir, ao final, **o que é a melhor contratação**.²⁹

A identificação de quais interesses serão perseguidos pelo Estado em suas contratações é, essencialmente, uma decisão política, relacionada à forma de alocação de recursos públicos, que são, por definição, escassos. Nesse processo de escolha, tendem a prevalecer os valores de eficiência e economicidade, tradicionalmente perseguidos no sistema das contratações – que, contudo, poderão ser afastados em algumas situações, para a satisfação de determinados fins coletivos.

Dessa forma, as contratações públicas não estão isentas de processos de negociação e escolha de valores, típicos de uma sociedade plural. Compete a cada ordenamento jurídico a difícil tarefa de dimensionar, valorar e harmonizar os interesses diversos e por vezes contraditórios envolvidos no respectivo sistema de contratações públicas, em um fluxo contínuo de revisão e, eventualmente, reavaliação.

Diante disso, para identificar os objetivos visados pelas contratações públicas no Brasil, optou-se por analisar as leis gerais que regulam, em nível nacional, esses processos.³⁰

Inicia-se com a análise dos parâmetros referentes às compras públicas trazidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.666/1993,

²⁹ Yukins (2010, p. 74): “The insight that several principals may be dueling to control procurement itself yields several questions. One question, discussed below, is how to identify and assess various principals’ – here, stakeholders’ – roles in shaping procurement. Another beguiling question is what could be done to converge the principals into one”.

³⁰ Conforme especificado no item 1.3, adota-se como premissa normativa a seguinte **legislação geral de contratações públicas**: Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/2004 e Lei nº 12.462/2011.

espinha dorsal do sistema de contratações públicas brasileiro,³¹ de modo a identificar quais os fins e valores que, conforme essas normas, deverão ser observados pelas contratações públicas.

Conforme será visto, essas normas trazem por premissa uma função primária e primordial a ser atendida pelo Estado-comprador: a satisfação de uma necessidade pública imediata, claramente identificável a partir do objeto do contrato. A satisfação dessa necessidade (isto é, a processualização da contratação pública), por sua vez, deve respeitar essencialmente os valores de eficiência (melhor custo-benefício), economicidade (menor preço), isonomia e competição – valores esses que foram flexibilizados ou mesmo afastados em situações específicas e excepcionais previstas pela lei, com vistas à satisfação de outros fins ou valores de interesse da coletividade.

No capítulo seguinte (Capítulo 3), poderei concentrar-me nos movimentos legislativos que trazem novidades (por vezes contrapostas e não convergentes) em relação ao arcabouço construído pela Lei nº 8.666/1993. Essas inovações ensejam uma diversificação dos fins visados pelas contratações públicas, a partir da função derivada.

Reconheço que essa separação – Lei nº 8.666/1993, de um lado, e outros diplomas legislativos que diversificam os fins das contratações públicas, de outro – não representa evolução cronológica estritamente linear refletida na realidade, mas sim uma abordagem para melhor caracterização do tema de estudo. Nesse sentido, na versão original da Lei nº 8.666/1993, é possível identificar fatores que não estão estritamente relacionados com valores econômicos (ou, mais especificamente, com

³¹ Ao afirmar ser a Lei nº 8.666/1993 a espinha dorsal do sistema de contratações brasileiro, não quero dizer que esse diploma seria a única lei geral, ou que a União teria esgotado sua competência de legislar sobre “normas legais”. De fato, há legislação fragmentada sobre o tema, e a função derivada mostra justamente isso: há diferentes leis dispostas sobre licitações e contratos. Além disso, adotei como marco temporal deste trabalho a Constituição Federal de 1988, e o sistema de contratações que dela decorreu. Para uma análise do sistema de contratações precedente a esse marco regulatório, ver Fernandes (2010) e Rosilho (2013).

o menor preço). Ainda assim, como buscarei demonstrar neste Capítulo 2, essa Lei, mesmo após as alterações inseridas por leis mais recentes que diversificaram seus fins, tem por premissa a função primária da contratação, a partir de valores essencialmente econômicos, ainda que a viabilização desse objetivo deva ser processualizada com a observância de outros valores não estritamente econômicos. Esse foco, por sua vez, passa a ser multifacetado com um movimento de diversificação dos fins e valores das contratações, a partir da promulgação tanto de novas leis que regulam as contratações públicas, como de leis de políticas setoriais – evolução a ser apresentada no Capítulo 3, seguinte.

2.2 O Estado-comprador e a função primária e original das contratações públicas

Para executar os múltiplos deveres estatais e disponibilizar as utilidades públicas, faz parte do cotidiano da gestão pública celebrar diversos negócios jurídicos para obter (ou, eventualmente, alienar) bens, obras e serviços.

O Estado recorre ao mercado para, entre outros objetivos, adquirir bem (a ser consumido nas atividades dos órgãos administrativos, ou a ser diretamente disponibilizado à coletividade), requisitar a construção de obra pública (que poderá ser diretamente utilizada pelos órgãos administrativos, ou pela coletividade) ou contratar a prestação de serviço (serviço esse instrumental para viabilizar as atividades administrativas, ou então a ser diretamente prestado para a população). Como o Estado consome montante significativo dos bens e serviços disponibilizados pelo setor produtivo privado, ele é um consumidor extremamente relevante, com capacidade de, efetivamente, impactar o mercado com suas decisões sobre o que, como, de quem e quando comprar.

Para viabilizar essas aquisições, o Estado celebra um conjunto variado de negócios jurídicos, nos quais se estipulam obrigações recíprocas entre o órgão público contratante e o terceiro contratado. Como

contrapartida ao bem, à obra ou ao serviço, o particular recebe uma compensação, um pagamento (representável em termos monetários), conforme previamente ajustado entre as partes.

A contratação pública é o procedimento por meio do qual o Estado-consumidor pode adquirir bens, obras e serviços – objetos que permitirão a satisfação das necessidades da coletividade sob a responsabilidade do Estado. São essas necessidades que originam e fundamentam a contratação.

Considerando que o Estado deve agir sempre para o atendimento de necessidades e fins públicos, por meio do procedimento de contratação, (i) delimita-se o objeto a ser adquirido para a satisfação de uma necessidade pública em pauta; e (ii) especifica-se como esse objeto será obtido pelo ente público contratante – no caso, pela sua aquisição do setor privado. A partir daí, o ente contratante definirá qual o regime jurídico de contratação mais adequado para a execução do objeto, bem como os critérios para balizar a escolha da melhor proposta e, por conseguinte, do contratado que ficará responsável pelo seu fornecimento.

Por mais complexas que as contratações realizadas pelo Estado-comprador possam se mostrar na prática, esses negócios jurídicos buscam a satisfação de uma necessidade pública imediata e determinada.

Por sua vez, o objeto da contratação – a obtenção de bem, produto ou serviço – estará diretamente relacionado à necessidade pública que origina e justifica a contratação, sendo igualmente único (ainda que possa envolver prestações complexas e sucessivas até a integral execução contratual).

Eis que, em sua origem, a contratação pública possui uma finalidade primária e imediata: a satisfação de necessidade pública original, por meio da obtenção de bem, serviço ou obra. Essa é a **função primária da contratação pública**.

Há uma relação clara e direta entre o objeto do contrato e a finalidade pública a ser atendida. A contratação da construção de ponte (objeto do contrato: execução de obra pública) busca viabilizar o transporte e a locomoção da população entre os trechos viários interligados pela ponte (necessidade pública que justifica a contratação). As contratações públicas têm como função primária e original viabilizar que o Estado adquira o fornecimento de bens, a execução de obras ou a prestação de serviços destinados à satisfação de uma necessidade pública imediata, facilmente identificável no objeto do contrato.

A Lei nº 8.666/1993, em suas disposições gerais, concentra-se na função primária e imediata da contratação: a satisfação de uma necessidade pública imediata por meio da contratação de execução de obra, prestação de serviço, compra, alienação ou locação.³² São esses os objetos que o Estado-comprador objetiva, tradicionalmente, obter do setor produtivo nos negócios jurídicos que realiza. O contrato (e o processo de contratação como um todo) tem um objeto primário (ainda que possa envolver obrigações complexas) e formaliza uma necessidade pública a ser satisfeita pela contratação.

É claro que o objeto em si do contrato (assim como o processo de sua contratação pelo ente público e as obrigações contratuais) pode ser carregado de complexidades. A contratação do desenvolvimento, da operação e da manutenção de um sistema de vigilância das fronteiras do país, por exemplo, pode implicar a assunção de obrigações múltiplas e complexas entre as partes, envolvendo inclusive sucessivas prestações e entregas de bens e serviços. Mas, ainda assim, a finalidade da contratação é única, com nítida identificação da necessidade pública

³² Lei nº 8.666/1993: "Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...) Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei".

a ser satisfeita (no exemplo citado, o monitoramento das fronteiras do país) com a execução do objeto do contrato (a obtenção de sistema de monitoramento).

Ademais, a finalidade a ser perseguida também pode ser eminentemente social – um contrato de fomento celebrado com entidades sem fins lucrativos, por exemplo. O ponto central, aqui, é que a finalidade é imediata, e está claramente refletida no objeto do contrato a ser celebrado.

Tipicamente, portanto, o Estado-comprador utiliza suas contratações para cumprir uma função primária e original: a obtenção de objeto único, clara e diretamente relacionado a uma necessidade pública imediata, que origina e justifica o procedimento de contratação.

2.3 A eficácia da contratação: entrega de obra, bem ou serviço

A atividade administrativa deve ser capaz de, ao menos em tese e em conformidade com a fundamentação apresentada, alcançar os resultados (fins públicos) por ela pretendidos. O sentido de **eficácia** adotado no presente trabalho implica que os meios escolhidos na ação administrativa devem ser capazes de alcançar os fins expressos na sua motivação.

Assim, a contratação pública deve ser meio apto a satisfazer a necessidade pública que a motiva. Em outras palavras, o objeto do contrato (aquisição de bem, execução de obra ou prestação de serviço) deve ser apto a alcançar sua finalidade e, com isso, satisfazer a necessidade que motiva a contratação (necessidade pública que impõe ao ente contratante a obtenção do bem, da obra ou do serviço). Se a relação entre necessidade pública e objeto da contratação for bem construída, a execução do objeto do contrato implicará a satisfação da

necessidade pública que motivou a contratação, com a consequente eficácia da atividade administrativa.

A verificação da eficácia na contratação pública pode, então, ser realizada por dois enfoques: (i) eficácia na execução do objeto da contratação, que ocorrerá com a entrega da obra, fornecimento do bem ou prestação do serviço; e (ii) eficácia na satisfação da necessidade pública que origina e fundamenta o processo de contratação.

Ocorre que, em apreço aos princípios da finalidade e motivação da ação administrativa,³³ os procedimentos e requisitos previstos no âmbito da contratação pública deverão estar relacionados à função primária da contratação e, claro, ser adequados para assegurar sua efetivação.

Nesse sentido, **a contratação pública é originalmente delimitada pelo e para o cumprimento da função primária**. Por outro lado, **fatores não relacionados à função primária não serão contemplados**: não sendo estritamente necessários para a obtenção do objeto do contrato (e, pois, para a satisfação da necessidade pública especificada), faltalhes fundamento apto a justificar sua inclusão no procedimento de contratação. Assim, ainda que se adote interpretação abrangente quanto à autonomia do Estado-comprador, ele sempre estará limitado à finalidade visada pela contratação: o cumprimento da função primária e única da contratação.

Atentando, portanto, para a função primária da contratação pública, tanto a busca, como a atestação de sua eficácia será simples, pois há

³³ Discorrendo sobre finalidade e motivação, contrapondo-os ao objeto de um ato, Di Pietro (2013, p. 217) assim distingue essas características: "Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática de um ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade)".

relação direta e imediata entre finalidade pública a ser perseguida e objeto da contratação, sendo que a execução de uma corresponderá à satisfação de outro: a necessidade pública (finalidade) é satisfeita com a mera entrega do bem, prestação do serviço ou execução da obra (objeto).

Detendo a contratação uma finalidade única, própria e claramente identificável no objeto contratual, a verificação da eficácia da atividade administrativa envolta na contratação (isto é, a comprovação da execução da função primária) mostra-se, em princípio, simples. Basta, para isso, verificar se houve a entrega do bem, a prestação do serviço ou a execução da obra, conforme as especificações do contrato. É claro que essa ressalva final – “conforme as especificações do contrato”, qualitativas ou quantitativas – pode gerar infundáveis disputas entre as partes contratantes. Mas, para o que aqui importa, é relevante o fato de que a satisfação do fim perseguido com a contratação pode ser constatada simplesmente pela comprovação da execução de seu objeto, com a entrega do bem, execução da obra ou prestação do serviço.

2.4 Os valores da contratação: proposta mais vantajosa, isonomia e competição

Tendo em vista que o Estado é um consumidor “especial”, em quais termos sua discricionariedade para definir as características do objeto contratual e do contratado será diferente da autonomia de um consumidor privado? Trata-se de indagação importante para definir, mais à frente, os eventuais limites do uso das contratações públicas para o alcance de fins derivados e adicionais ao seu objeto principal.

Analisando os limites da autonomia do Estado como comprador, Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 15-17) entendem que o Estado detém, como regra, ampla liberdade para especificar suas aquisições. Para eles, a restrição dessa autonomia deve ser justificada e apenas deverá ser feita por lei; o que a lei não proibir, o Estado-comprador poderá,

em princípio, especificar, já que se trata de uma capacidade inerente a qualquer consumidor.

Já Lewinsohn (1942, p. 7) aponta que, justamente pela posição privilegiada do Estado como comprador em função de seu tamanho (e, pois, de seu poder de influenciar o mercado), e pelas funções públicas e sociais que lhe são atribuídas, ele seria menos livre do que o comprador privado – o que, por sua vez, pode ensejar que o Estado faça aquisições economicamente menos vantajosas.

A posição do Estado como consumidor peculiar também é apontada por Trepte (2004, p. 6), que destaca, além do tamanho, o papel do Estado como ator político, responsável pela implementação de fins públicos sociais diversos, que por sua vez poderiam ser promovidos pelas compras públicas.³⁴ A complexidade do aparelho estatal, suas funções extremamente diversificadas e os fins políticos e sociais que lhe incumbem impedem que seja tratado como um consumidor qualquer. Para o autor, é imprescindível que essa complexidade, na qual se insere o Estado como comprador, seja considerada quando se trata da

³⁴ "Government is an organisation and operates in the market, at least ostensibly, in the same way as other organisations such as firms or corporations. However, the sheer size of the government organisation, the complexity of the government apparatus, its disparate functions and its political and social objectives mean that it cannot necessarily be treated in the same way as other, simpler organisations operating in the market. Economists will be concerned in the potential such an organisation has for creating failures or distortions in the market order, political scientists will be interested in the structure and management of the decision-making process and with issues of public accountability. Politicians will recognise the ability of the government to use its procurement as a tool of economic or social policy and interest groups will be quick to seize the opportunity of influencing the use of such a tool. Members of the organisation may seek to take advantage of the organisational structure, themselves to make personal gains. Other individuals or organisations operating in the market may seek to exploit any market distortions brought about by the shortcomings of the government organisation".

diversificação dos fins a serem buscados pelo Estado no exercício dessa função de comprador.³⁵

Assim, como comprador, o Estado detém capacidade para definir as características da aquisição que irá fazer – uma conduta regular e aceita para qualquer comprador. No entanto, no exercício dessa capacidade, o Estado deverá observar todas as normas que incidem sobre a estrutura e a gestão administrativas – entre as quais a legalidade, finalidade, motivação, eficiência e transparência dos atos administrativos.³⁶

Caberá ao sistema regulatório das contratações públicas atentar para essa particularidade, fixando e equilibrando os parâmetros de atuação estatal enquanto comprador, mas tendo em vista as questões específicas que decorrem da função e estrutura estatais. O Estado-comprador, ao mesmo tempo em que exerce a função de obter bens e serviços do setor produtivo, também atua como Estado com fins públicos diversos, a serem perseguidos na forma e nos limites legalmente conferidos para a atuação estatal.

Na regulação das contratações públicas pelo ordenamento jurídico, as primeiras balizas estão fixadas na Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI:

³⁵ Davies (2008, p. 265) aponta que, justamente pelas diferenças nos limites de atuação entre o consumidor privado e o consumidor público, a função derivada (“linkages”, na expressão utilizada pela autora) é tema essencialmente do direito público: “Linkages are a peculiarly public law issue. In ordinary private contractual relationships, the parties are free to take account of whatever issues they choose. Except where discrimination law intervenes, individuals are free to vent their preferences (and prejudices) in choosing a contractor partner. (...) Governments are different. They have a broader agenda in the shape of policies on the national economy, regional development, employment matters, and environmental protection, all of which might have some relevance to contracting”.

³⁶ A Constituição Federal prevê a obediência de toda a administração pública, direta e indireta, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). A Lei nº 9.784/1999, incidente sobre a administração federal, prevê, ainda, além da eficiência e impessoalidade, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público (art. 2º, *caput*).

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) 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.

Há algumas diretrizes que podem ser retiradas do dispositivo constitucional e que estruturam o sistema regulatório de contratações públicas.

Inicialmente, as contratações do Estado-comprador deverão ser, em regra, precedidas de **processo de licitação pública**, no qual haverá **competição** entre os interessados em contratar com o Estado. Trata-se de regra geral que, no entanto, poderá ser excepcionada “nos casos ressalvados pela legislação”.

Em segundo lugar, esse processo deverá assegurar **igualdade de condições** para todos os concorrentes. Trata-se nada mais do que a aplicação do princípio da isonomia, que se coloca porque a contratação cria uma sujeição especial entre ente contratante e contratado, devendo-se conferir oportunidades iguais para que os interessados

em ingressar nessa relação especial possam apresentar sua oferta.³⁷ No processo de contratação pública, há diversas decisões a serem tomadas pelo Estado como comprador, que podem obstar, direta ou indiretamente, a participação de eventuais interessados. Escolhas quanto à definição do objeto a ser contratado, aos requisitos (técnicos, econômicos e jurídicos) necessários para a participação de interessados no processo, aos critérios para a escolha da melhor proposta e às obrigações contratuais, por exemplo, podem ensejar a impossibilidade (fática, técnica, econômica ou jurídica) de participação de determinados interessados. A aplicação do valor da isonomia ao longo do processo de tomada dessas decisões é questão intrincada, ainda mais quando colocada em conjunto com a definição da proposta mais vantajosa, conforme abordarei em seguida.

Interessante notar que, para além de prever a isonomia como princípio geral da administração (conforme art. 37, *caput*) e determinar que o processo de licitação observe a igualdade de condições de competição entre todos os concorrentes, a Constituição trouxe uma disposição específica de aplicação desse valor no âmbito das contratações: a limitação de que o processo de licitação exija apenas as **condições mínimas e estritamente necessárias** para assegurar a execução das obrigações contratuais.

Entendeu o constituinte que quanto menos exigências houvesse no processo de contratação, menor o potencial de diferenciação entre eventuais interessados e, portanto, maior a proteção e efetivação da isonomia. O texto constitucional previu, assim, balizamento específico

³⁷ Dallari (2006, p. 39) menciona que a relevância do procedimento de licitação para a concretização da isonomia é tal que a licitação teria sido transformada em princípio da administração pública: “O fato é que o princípio da isonomia, por ser elementar ao direito administrativo e estar erigido à categoria de princípio constitucional, acabou transformando o próprio instituto da licitação num princípio para a Administração Pública. O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação, e ao estabelecer essa obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios”.

para as licitações, diante da aplicação da isonomia: o processo de contratação deve fazer apenas as exigências mínimas necessárias para a perfeita execução das obrigações contratuais.

Embora a redação constitucional não seja expressa, entendo que o termo "obrigações", aqui, refere-se às obrigações contratuais. Pode-se, contudo, indagar se essas obrigações podem ir além do objeto contratual, desde que resguardem relação com as cláusulas contratuais. No âmbito da função primária da contratação, as obrigações referir-se-ão a uma finalidade única: entrega de bem, execução de obra ou prestação de serviço. Por sua vez, adiante-se que a inclusão da função derivada no âmbito da contratação impactará as balizas tanto do objeto e das obrigações contratuais, como das exigências possíveis de serem demandadas dos interessados em contratar com o Estado.

Em terceiro lugar, o artigo 37, XXI, CF, determina que o processo de licitação deverá especificar as **condições de pagamento**, que serão asseguradas tendo em vista as condições existentes à época da apresentação da proposta.

Enquanto o artigo 37, XXI, delinea materialmente os parâmetros a serem observados nas contratações, o artigo 22, XXVII, CF, prevê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais sobre as contratações públicas:³⁸

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁸ Em sua redação original, a CF assim dispunha: "Art. 22, XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;"

No âmbito dessa competência, a União editou a Lei nº 8.666/1993, que “[r]egulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, revogando o Decreto-lei 2.300/1986, diploma que, até então, regulava as licitações e os contratos administrativos.

As principais balizas do processo licitatório trazidas pela lei são encontradas em seu artigo 3º, *caput*, que assim previa, em sua redação original:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Assegurar a **isonomia** e selecionar a **proposta mais vantajosa** são valores centrais para o regime das contratações públicas trazido pela Lei nº 8.666/1993.³⁹ A partir da leitura do artigo 3º, *caput*, pode-se inclusive afirmar que a licitação seria mero procedimento com o objetivo de assegurar a isonomia e obtenção da proposta mais vantajosa (e, mais recentemente, o desenvolvimento nacional sustentável)⁴⁰ pelo Estado em suas contratações. A delimitação dos limites das especificações

³⁹ Sundfeld (1994, p. 16) resume os objetivos da licitação nos seguintes termos: “O procedimento licitatório busca o equilíbrio dinâmico entre dois valores: os interesses públicos, de um lado, e os privados, de outro. Os primeiros são implementados na medida em que a licitação enseja acirrada competição entre os possíveis interessados, com a consequente obtenção, pelo Poder Público, de melhores preços e condições. Os segundos vêm atendidos pois, com ela, abre-se ao particular a oportunidade de disputa igualitária com seus concorrentes, na busca de novos mercados”.

⁴⁰ Em sua redação original, a Lei nº 8.666/1993 referia-se apenas à isonomia e seleção da melhor proposta. A partir da alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010, passou-se a prever o desenvolvimento sustentável como mais um fim a ser buscado pela licitação. A redação atual, conferida pela Lei nº 12.349/2010, é a seguinte: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável [...]”.

técnicas do objeto e do futuro contratado é tema, contudo, que desafia a aplicação prática de ambos esses valores.

A **proposta mais vantajosa** refere-se a uma relação entre custo e benefício, representada pelo **melhor resultado com o menor custo possível**.⁴¹ Ela busca contemplar tanto a adequada satisfação da necessidade pública em pauta, como o adequado uso dos recursos públicos a serem despendidos com a contratação. Trata-se de extrair o *“best value for money”*⁴² da contratação, isto é, o melhor uso possível dos recursos públicos a serem investidos, buscando mais e melhores benefícios com os recursos públicos que estão sendo utilizados.

Deve-se ter em vista, contudo, que a determinação da proposta mais vantajosa a partir da equação de custo-benefício não admite solução única. Justamente por se tratar de relação entre dois fatores, há inúmeras variáveis de custo e benefício que resultam na mesma relação final. É possível a contratação de um serviço com determinadas características por determinado preço, ou de um serviço com qualidade melhor por preço proporcionalmente maior, mantendo-se a mesma relação de custo-benefício. Há, assim, diferentes decisões possíveis, que irão igualmente assegurar a eficiência alocativa e possibilitar a escolha da melhor proposta.

Ocorre que, no sistema de compras públicas regulado pela Lei nº 8.666/1993, a escolha da proposta mais vantajosa (isto é, a relação de custo-benefício) foi travada pela **regra geral do menor preço**.

⁴¹ O custo tem significado especialmente pelos aspectos econômico e financeiro, representado no valor total final a ser pago pela administração em razão da contratação.

⁴² Conforme Moreira e Guimarães (2015, p. 119): “Em princípio, pode-se afirmar que a licitação se destina, sobretudo, a concretizar uma escolha de Best Value for Money. A ideia de Value for Money/VfM pretende correlacionar os custos à eficiência, por meio de cálculos comparativos, a fim de gerar uma decisão consistente, que permita fundamentar seja a contratação pela LGL [Lei Geral de Licitações] ou pelo RDC [Regime Diferenciado de Contratações] (os custos, unidos aos riscos e ao tempo de vida do bem e/ou serviço), seja a mesma operação via concessão comum ou PPP (os custos, unidos ao retorno do investidor e à contraprestação pública)”.

De acordo com o previsto no artigo 46⁴³, a melhor proposta deve considerar, em regra, o parâmetro “menor preço”, sendo que o parâmetro “melhor técnica” (isoladamente ou em conjunto com o “menor preço”) poderá ser adotado apenas excepcionalmente, para contratações que envolvam objetos de natureza eminentemente intelectual. Em um cenário fático de limitação de recursos públicos, que restringe a implementação concomitante de todas as necessidades coletivas existentes, a lei determinou que o Estado optasse pelo menor dispêndio de recursos públicos (economicidade), observadas as condições mínimas necessárias para a satisfação da necessidade pública envolvida na contratação. Assim, se é certo que a proposta mais vantajosa deve buscar a **eficiência**, no sistema brasileiro de contratações públicas a melhor proposta é também aquela que, em regra, atende à **economicidade** (menor preço).

Destaque-se que a definição dos critérios de julgamento das propostas não é o único momento em que o ente público contratante fará uma ponderação entre os fatores econômicos e técnicos relacionados à contratação, de modo a definir sua relação de eficiência. Essa avaliação será também realizada na definição do objeto a ser contratado, das exigências a serem atendidas pelo interessado como requisito para sua contratação ou das obrigações contratuais. O resultado final dessa combinação entre fatores técnicos e econômicos exigidos ao longo do processo de contratação no qual serão tomadas essas decisões deverá resultar na melhor contratação para o contratante – melhor contratação que, em regra, é representada pelo menor preço, com o menor dispêndio de recursos orçamentários.

Assim, já na delimitação do objeto, o ente contratante deverá ponderar as vantagens trazidas por exigências técnicas em relação ao seu

⁴³ Lei nº 8.666/1993: “Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

respectivo custo de aquisição. Por exemplo, determinada tecnologia pode implicar custo inicial de aquisição mais elevado, mas apresentar maior durabilidade e menor custo de manutenção. No âmbito do critério de julgamento, essa ponderação ocorre tanto na decisão sobre os critérios a serem considerados (preço ou técnica), como em relação a cada aspecto de avaliação – que impacta a previsão de custos dos proponentes e, portanto, sua oferta final. Exigências para a participação de interessados na contratação também implicam a ponderação entre critérios técnicos e custos, com consequências para o universo de possíveis contratantes e, portanto, para o universo de propostas a serem selecionadas pelo ente contratante. Determinada exigência de qualificação técnica pode, por exemplo, ensejar o afastamento de eventuais interessados na contratação, com a redução de propostas a serem apresentadas. Por fim, as obrigações contratuais – notadamente as de responsabilidade do contratado, mas também as do órgão contratante – também pressupõem equilíbrio entre fatores técnicos e econômicos. Exemplificativamente, a previsão da entrega do objeto em um mês pode implicar oferta com valor muito mais elevado do que se o prazo de entrega do mesmo objeto for estipulado no dobro do tempo.

Além disso, a técnica pode servir para avaliar determinado objeto por diferentes perspectivas. Trepte (2004, p. 93-94) aponta que a avaliação técnica pode implicar a ponderação quanto aos **requisitos de qualidade** (“*technical capability*”), no sentido de condições de qualidade mínimas necessárias para que o objeto cumpra determinada funcionalidade, bem como de **nível de qualidade** (“*level of quality*”), no sentido de

ponderar grau maior ou menor da qualidade das funcionalidades disponibilizadas por um objeto.⁴⁴

Em todas essas etapas de definição do objeto e do procedimento de contratação em si, o ente público contratante deverá identificar os diversos critérios técnicos pertinentes à contratação e aos seus impactos em termos de custos, avaliando a relação custo-benefício para a satisfação da necessidade pública. Mas, novamente, essa relação será pautada, em regra, pelo menor preço possível.

Já a **isonomia** implica o tratamento isonômico a todos os potenciais interessados em contratar com o Estado, com a vedação das exigências que não estejam relacionadas ao objeto, e a obrigação de o Poder Público fundamentar as especificações técnicas impostas para o objeto e para o interessado na contratação.

A isonomia está intimamente relacionada com a **ampla competição**: o tratamento isonômico, para além de um valor em si mesmo, permite que todos os interessados participem, em condições de igualdade, da competição pela contratação – aumentando a concorrência e até mesmo ampliando o rol de escolhas do ente contratante e, pois, as chances de obtenção de proposta mais vantajosa. A ampla competição

⁴⁴ Nas palavras do autor: "Technical specifications are broadly defined and enable the agent to define the desired products not only in terms of technical capability but also in terms of the level of quality, for example. Nonetheless, they tend to indicate the technical capabilities of products *stricto sensu*. However, suppliers not only offer products which are differentiated in their technical capabilities and qualities, but also in the terms upon which they are offered. The terms of sale; the financing mechanisms (sale, rental, hire purchase, leaseback, options or combinations thereof); the lifecycle of the product; commitment to spare parts; maintenance; training; after-sales service; etc. These are all elements which will or should affect the agent's decision to buy a particular product and competition based on product differentiation will elevate these considerations to the forefront of the purchasing decision".

nas contratações públicas impõe condutas também e especialmente aos entes contratantes, não apenas ao mercado.⁴⁵

A ampla competição traz o norte de ampliação do número de particulares interessados em contratar com o Estado. Assim como a isonomia, ela também impõe que apenas os requisitos estritamente necessários para a satisfação da necessidade pública em pauta sejam exigidos no âmbito da contratação, de modo que participe desse procedimento o maior número possível de interessados. Por sua vez, o maior conjunto de participantes tende a trazer melhores ofertas, tanto pela própria diversidade de propostas apresentadas, como pela competição em si.

Na Lei nº 8.666/1993, a diretriz da ampla competição (e isonomia) pode ser constatada em diferentes momentos, tais como quando ela expressamente veda a inclusão de exigências ou cláusulas que possam frustrar o caráter competitivo da licitação (conforme, aliás, diretriz constitucional)⁴⁶; quando limita a qualificação técnica e econômico-financeira às exigências por ela arroladas;⁴⁷ ou quando determina a máxima divisão do objeto a ser contratado em quantas parcelas for

⁴⁵ Como ressalva Gonçalves (2012): “Diferentemente, no direito da contratação pública, a lógica concorrencial vai orientar o sentido da intervenção de uma entidade do setor público, com o objetivo de a levar a adjudicar um contrato mediante um procedimento aberto, que dê garantias de acesso em condições de igualdade aos interessados e que assegure uma participação de vários proponentes, de modo a encontrar-se a melhor proposta para os interesses financeiros daquela entidade – partindo de um princípio de vinculação das entidades públicas a valores e exigências constitucionais (princípio da igualdade e eficiência na alocação de recursos), a concorrência é aqui um bem jurídico promovido (produzido) através da imposição de certas obrigações”.

⁴⁶ Lei nº 8.666/1993: “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”.

⁴⁷ Conforme os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, que arrolam as exigências máximas que podem ser demandadas para a qualificação dos licitantes.

técnica e economicamente viável⁴⁸ (ampliando, em tese, os possíveis interessados na contratação).⁴⁹

Para a definição da melhor proposta diante do menor preço, da isonomia e da ampla competição, cabe, aqui, uma indagação: há limite para o ente contratante intensificar as exigências técnicas – o que ensejará, na maioria dos casos, aumento do preço (ainda que a relação custo-benefício possa permanecer a mesma, em caso de aumento proporcional da qualidade) e possível restrição do universo de competidores? Ao aumentar as exigências qualitativas do objeto a ser adquirido, o ente contratante tende a impor maior custo econômico para o futuro contratado – custo esse a ser repassado no valor ofertado pelo particular ao poder público contratante. Contudo, paralelamente ao aumento do custo econômico a ser despendido com a contratação, pode haver acréscimo na qualidade do objeto a ser obtido, permanecendo inalterada a relação custo-benefício da contratação.

No âmbito da regulação das contratações pela Lei nº 8.666/1993, há um limite para o que pode ser exigido em termos de qualidade, como o melhor resultado. Deve-se, em regra, **demandar apenas o efetivamente necessário para a satisfação da necessidade pública** – seja em razão da necessidade de contratação, em regra, pelo menor preço (conforme previsto pela Lei nº 8.666/1993), seja em função da vedação (constitucional e legal) de colocação de exigências para além das estritamente necessárias para a execução do objeto a ser contratado. Não se trata de vedar a aquisição de um objeto mais dispendioso, mas sim de limitar exigências qualitativas que possam injustificadamente encarecê-lo e restringir o ambiente de competição. “Injustificadamente”

⁴⁸ Lei nº 8.666/1993: “Art. 23, § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

⁴⁹ Seja pela maior facilidade na execução de um objeto menor, seja pela maior facilidade no cumprimento dos requisitos exigidos dos interessados (exigências mais baixas, em razão de um objeto menor).

significa, exatamente, exigir requisitos que não sejam os estritamente necessários para executar o objeto. Por sua vez, o ente público poderá contratar um objeto mais caro, desde que fundamente a necessidade pública da qualidade (benefício) adicional oferecida (excepcionando, portanto, a regra da contratação pelo menor preço), e desde que comprove inexistir restrição indevida da competição.

Disso decorre que, apesar de haver espaços para exigências qualitativas, a lógica da melhor proposta é, primariamente, voltada para a economicidade e para a ampliação da competição; as exigências qualitativas devem ser aquelas estritamente necessárias para a satisfação da necessidade pública em pauta.

Ressalte-se que, embora a isonomia e a ampla competição sejam valores consignados na Lei nº 8.666/1993, isso não significa que dela tenha resultado efetivamente ampla competição nas contratações públicas, ou mesmo que o legislador tenha adotado os mecanismos e as opções mais compatíveis para, de fato, abrir o processo de licitação para a ampla competição. Sundfeld (2012) e Rosilho (2013, p. 122), por exemplo, criticam os procedimentos trazidos pela Lei nº 8.666/1993, que teriam privilegiado determinados grupos interessados – notadamente, o das médias empreiteiras.⁵⁰

⁵⁰ Sundfeld, ao analisar a penetração do princípio da concorrência, especialmente nas contratações do Estado (“administração adquirente”), mas também nos serviços públicos (“administração concedente”) e na regulação econômica (“administração regulatória”), conclui que a Lei nº 8.666/1993 não se preocupou em abrir, efetiva e amplamente, o mercado de compras públicas para todo o setor privado. De acordo com ele, referida Lei foi resultado do “lobby” de médias empreiteiras, já estabelecidas no mercado de compras públicas – e portanto as disposições da Lei caminham, na verdade, no sentido de conferir preferência a essas empresas, em prejuízo de uma maior competição. Já Rosilho critica a ausência de neutralidade entre os grupos de interesse envolvidos no próprio processo de elaboração da Lei nº 8.666/1993. O autor concluiu, após análise do histórico legislativo da Lei nº 8.666/1993, que seu trâmite privilegiou as empreiteiras emergentes, que foram beneficiadas com algumas das medidas a serem adotadas pelo procedimento licitatório regulado pela lei. Nesse sentido, Rosilho exemplifica que a determinação de parcelamento do objeto, vedada pelo diploma anterior à Lei nº 8.666/1993, visaria a satisfazer, de fato, os interesses das empreiteiras de médio e pequeno porte.

O procedimento de contratação pública, principalmente quando precedido de licitação,⁵¹ deve observar estes três valores aplicáveis a toda ação administrativa, mas notadamente relevantes para as contratações: isonomia e melhor proposta (esta, interpretada, em regra, como o menor preço ofertado), reforçados por meio da ampla competição.

Observe-se que melhor proposta, isonomia e ampla competição são valores quase sempre convergentes e complementares, já que a isonomia tende a aumentar a competição, e a competição tende a trazer melhores propostas. Pode haver conflitos, contudo, na aplicação desses valores.

Assim, por exemplo, os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 que determinam a máxima divisão possível do objeto a ser contratado (art. 15, IV; art. 23, §§ 2º e 7º)⁵² têm por objetivo aumentar a participação de potenciais fornecedores para assegurar a isonomia e aumentar a competição. No entanto, tal divisão também pode diminuir a eficiência e elevar os custos da contratação, seja em razão da perda de escala, seja em razão do aumento dos custos de gerenciamento dos múltiplos processos de contratação.

⁵¹ Para os casos de contratação direta (por dispensa ou inexigibilidade de licitação), é interessante notar que, em sua redação original, a Lei nº 8.666/1993 apenas exigia a justificativa da **situação** de dispensa ou inexigibilidade, sem especificar o conteúdo mínimo de tal fundamentação. A redação permaneceu em sentido semelhante após algumas modificações legislativas. Somente com a alteração promovida pela Lei nº 9.648/1998 passou-se a exigir que essa fundamentação demonstre a **observância da isonomia e economicidade da contratação direta**, considerando-se as peculiaridades desse procedimento.

⁵² Lei nº 8.666/1993: "Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; (...) Art. 23, § 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (...) § 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala".

Outro exemplo é a ausência de negociação e impossibilidade de alteração da proposta original na Lei nº 8.666/1993 (diferentemente, por exemplo, da possibilidade de lances originalmente trazida pela Lei do Pregão, e posteriormente adotada pela Lei das PPPs, pela Lei das Concessões e pela Lei do RDC), implicando trava ao menor preço efetivo, sob o argumento da preocupação com a exequibilidade das propostas – o que demonstra o convívio de valores diversos já na redação original da Lei nº 8.666/1993.

Com isso, busco demonstrar que, conquanto se trate de valores eleitos pela Lei nº 8.666/1993, a partir dos parâmetros da Constituição Federal, **esses valores não são necessariamente intrínsecos a qualquer procedimento de contratação pública, e nem são imprescindíveis, como fins em si mesmos da contratação.** A rigor, isonomia, melhor proposta (pautada, em regra, pela economicidade) e competição são valores jurídicos que, **conforme identificados pelo constituinte e legislador, devem ser atualmente almejados no processo de contratação pública.**

Aliás, é importante notar que esses valores em muito decorrem do momento de promulgação da Lei nº 8.666/1993. Conforme se depreende do estudo de Fernandes (2010), o contexto político e social existente no início da década de 1990 – e que marcou a elaboração da Lei nº 8.666/1993 – foi influenciado por dois principais fatores: *(i)* a crise fiscal vivenciada pelo país (com sucessivos insucessos de planos de estabilização econômica); e, especialmente, *(ii)* os escândalos de corrupção que se intensificaram ao longo do (curto) governo do

Presidente Fernando Collor de Mello (1990 a 1992).⁵³ Tendo em vista as notícias e denúncias diversas, as contratações públicas tornaram-se foco importante de atenção de diferentes atores. Surgiu uma pauta comum de revisão da legislação das contratações públicas, para trazer maior detalhamento e objetividade, de modo a evitar dirigismos e fraudes.⁵⁴

O contexto de corrupção disseminada no âmbito da atividade administrativa lastreou o anseio pela objetividade absoluta nas contratações públicas – o que seria mais facilmente alcançável com forte restrição às oportunidades de exigências técnicas, bem como pelo julgamento objetivo proporcionado pelo menor preço. Subjetividade e discricionariedade na inclusão de fatores de qualificação do objeto ou de julgamento das propostas poderiam dar margem a manipulações e

⁵³ Analisando os processos de reformas das contratações públicas como política pública setorial de gestão administrativa, Fernandes (2010, p. 22-23) descreve seis casos de mudanças de cunho mandatório para todo o sistema de contratação federal, sendo a Lei nº 8.666/1993 o caso 4: “Caso 1: a centralização das compras e a organização de uma área de administração de materiais, encarregada das compras e contratações públicas. Caso 2: a simplificação e flexibilização das regras de licitação e a organização descentralizada da área. Caso 3: a sistematização das regras de licitação e contratação, na forma de um estatuto unificado. Caso 4: a regulamentação detalhada das regras de licitação para prevenir o direcionamento e ampliar a participação nas contratações públicas, na forma de um novo estatuto legal. Caso 5: a tentativa de aprovar um estatuto legal orientado para a diferenciação das regras e procedimentos em conexão com a descentralização da administração pública e a ampliação da discricionariedade do administrador público. Caso 6: a criação de uma modalidade alternativa de licitação com características de flexibilidade, desregulação, ampliação da discricionariedade do administrador público e intensificação da competição”.

⁵⁴ Conforme aponta o autor (Fernandes, 2010, p. 128): “A questão das contratações públicas aflorou como um evento mobilizador, impulsionado pela escalada de denúncias com repercussão na imprensa. A atenção pública se concentrou sobre as contratações governamentais, focalizando as obras de engenharia civil. A questão das contratações compunha um cenário mais amplo de crise política, contribuindo para o desgaste do governo Collor, pela construção de uma imagem de corrupção que se alimentava da proliferação de denúncias sobre o direcionamento e a corrupção nos contratos. As fragilidades atribuídas ao DL 2.300 eram percebidas como fator determinante para a vulnerabilidade que se imputava ao arcabouço legal”.

direcionamentos da contratação.⁵⁵ Conforme aponta Rosilho (2013, p. 131), a solução do legislador foi a de extrair do administrador, ao máximo possível, sua discricionariedade na delimitação das características do objeto e do futuro contrato.

Junte-se a isso a crise fiscal vivenciada pelo país. Havia a necessidade de a gestão pública, ditada por uma limitação fática de escassez de recursos orçamentários, contratar com menor dispêndio imediato de recursos orçamentários. Visava-se ao menor dispêndio direto de recursos no momento da contratação, para a aquisição de um objeto genericamente caracterizado.

É nesse contexto, pois, que a Lei nº 8.666/1993 elegeu a isonomia, a ampla competição e o menor preço como valores cernes das contratações públicas regidas por esse diploma.

Além da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa como valores centrais ao procedimento licitatório, no ano de 2010 foi acrescentada ainda a busca do **desenvolvimento nacional sustentável**. A inclusão, realizada pela Lei nº 12.349/2010 no *caput* do artigo 3º, demarca mudança no sentido de diversificação dos fins da contratação pública.

No entanto, antes mesmo dessa alteração, já era possível identificar na Lei nº 8.666/1993 alguns dispositivos que estabeleciam preferências não estritamente relacionadas ao objeto da contratação, tais como as preferências nacionais em caso de empate de propostas (art. 3º, § 2º), e duas das hipóteses de dispensa de licitação previstas no artigo 24 (inciso VIII, contratação entre órgãos e entidades da administração pública, e inciso XIII, contratação de instituição brasileira de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional). Nas hipóteses de dispensa,

⁵⁵ Fiuza e Medeiros (2013, p. 3) também postulam, em proposta de alterações da Lei nº 8.666/1993 apresentada ao Senado, o diagnóstico inicial de que as soluções adotadas pela lei seriam uma resposta direta do legislador aos escândalos de corrupção: "A Lei 8.666/93, que rege as compras públicas, estabelecendo princípios gerais e definições, veio como uma resposta aos sucessivos escândalos do governo Collor e dos "anões do Orçamento", e instituiu controles mais rígidos sobre as licitações".

a licitação é faticamente viável, porém dispensada pelo legislador para a realização de outros fins – dentre os quais o fomento de grupos em condições de desvantagem material. Nesses casos, o Estado abre mão da possibilidade de obter proposta mais vantajosa, para fomentar um grupo ou setor específico.

Ou seja, já em sua origem, a Lei nº 8.666/1993 não é totalmente linear na delimitação e no balanceamento dos fins atribuídos à contratação. Apesar de, mais recentemente, observarmos a intensificação do papel da função derivada (com a multiplicação dos objetivos a serem perseguidos pela contratação), isso não significa que as contratações públicas estavam, antes disso, alheias a políticas e valores diversos – tanto os próprios valores de isonomia, economicidade e competição poderiam ser ocasionalmente afastados, como a própria Lei nº 8.666/1993 já previa algumas hipóteses pontuais para o fomento de grupos específicos, por meio de preferências para eles ao longo do processo de contratação.

Mas, ainda assim, pelo regime da Lei nº 8.666/1993, os valores da isonomia, melhor proposta (pautada pelo menor preço) e competição devem guiar o alcance da finalidade imediata e principal da contratação: a satisfação de uma necessidade pública específica, por meio do provimento de bem, obra ou serviço, conforme descrito no objeto do contrato. E, embora esses valores devam ser observados ao longo do processo de contratação, eles não se constituem como fim necessário e imprescindível da contratação pública. Este permanece sendo a obtenção de objeto imediato, para satisfazer necessidade pública também imediata.

2.5 O procedimento de contratação pública

Eficácia, isonomia, ampla competição e proposta mais vantajosa (ditada, em regra, pela economicidade) são determinantes na processualização

da contratação pública brasileira voltada para a satisfação da função primária.

Nos últimos anos, tem-se ressaltado a importância de o agir administrativo ser formalizado e desenhado no âmbito de um procedimento administrativo. A processualização da atividade administrativa seria mesmo um dever estatal, seja pelo viés da proteção de interesses individuais, seja pelo enfoque da boa ação administrativa.⁵⁶

A partir da processualização da contratação pública, isonomia, melhor proposta e ampla competição impõem que o poder de compra estatal seja modelado e processado, desde sua fase interna (na qual se definem, internamente na estrutura estatal, a necessidade pública, o objeto apto a satisfazê-la e as características da proposta mais adequadas para sua execução) até a assinatura do contrato e sua posterior execução, de modo a assegurar a igualdade entre os diferentes interessados, e, ao mesmo tempo, viabilizar que o ente contratante escolha a proposta mais adequada a ser contratada para satisfazer a necessidade pública em pauta.⁵⁷

⁵⁶ Schuck (2006, p. 130) destaca a busca da eficácia das decisões administrativas (isto é, de uma governança efetiva), a partir do processo administrativo: "The administrative process is not simply a machine for churning out regulatory policies and adjudicating claims, although it is certainly that. It is also an institutional embodiment of at least two kinds of normative visions of that process – one of procedural justice and one of effective governance. These visions, of course, are closely related. Only a system perceived as procedurally just is likely to command the respect of the governed, but even a fair procedure will not be tolerated for very long if it is too cumbersome or unreliable to produce effective decisions".

⁵⁷ Medauar (2016, p. 216) destaca a relevância da licitação, no contexto do procedimento administrativo, para a satisfação de garantias constitucionais: "Assim, entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato, realiza-se a licitação. A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo. Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado".

Isto é, todas as etapas a serem cumpridas até a efetiva celebração do contrato (e, posteriormente, para o acompanhamento da execução contratual) visam a definir um objeto e a selecionar um contratado (a partir de sua proposta) que sejam aptos a satisfazer (eficácia) a necessidade pública (imediate) que enseja a contratação. Tal objetivo, por sua vez, deve ser alcançado de forma isonômica e econômica. Ponto salutar, portanto, é que, independentemente do tipo de finalidade visada (pode-se estar diante de finalidade eminentemente social, por exemplo), o objeto é definido para seu alcance, e **o procedimento será diretamente estruturado para a viabilização desse objetivo.**

É possível dividir o processo de contratação pública em três principais etapas: (i) identificação da necessidade pública, delimitação do objeto (e das obrigações contratuais) e definição do regime de execução do contrato, com a definição dos requisitos mínimos a serem atendidos pelo futuro contratado; (ii) definição dos critérios a serem considerados para a seleção da melhor proposta (por meio de prévia licitação, ou por contratação direta); e (iii) celebração do contrato e acompanhamento de sua execução.

Na primeira etapa, os requisitos técnicos que qualificarão o objeto do contrato deverão tanto ter relação com a necessidade pública em pauta, como ser necessários para sua integral satisfação. Por outro lado, não poderão ser impostas exigências que, embora possam ser tecnicamente demandadas, não sejam estritamente necessárias para o alcance do fim em jogo. Isso porque aumentar o nível de requisitos, sem que haja fundamento estritamente relacionado à perfeita satisfação da necessidade pública em pauta, enseja restrição indevida do universo de potenciais participantes, com prejuízo à isonomia e à ampla competição (ainda que a relação de eficiência permaneça a mesma).

O mesmo ocorrerá na segunda etapa, de escolha da proposta mais vantajosa. Essa seleção será, em regra, precedida de licitação, e estruturada para assegurar a obtenção da melhor proposta para executar o objeto, que deve ser capaz de satisfazer a necessidade pública

que enseja a contratação – assegurando, assim, a eficácia da função primária. A lógica da licitação é tornar equiparáveis os interessados e as suas propostas, permitindo a comparação de ofertas semelhantes e, pois, a escolha isonômica e econômica.

É nesse contexto que o já citado art. 37, XXII, CF, limita os requisitos a serem exigidos dos particulares aos “indispensáveis” para a execução do contrato. Assim também previu a Lei nº 8.666/1993, que restringiu as exigências de qualificação técnica àquelas compatíveis e similares ao “objeto da licitação”,⁵⁸ bem como limitou a qualificação econômica aos índices que sejam suficientes para a execução das obrigações decorrentes da licitação.⁵⁹ Mesmo nos casos de contratação direta, sem

⁵⁸ Lei nº 8.666/1993: “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (...) § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de **obra ou serviço de características semelhantes**, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”.

⁵⁹ Lei nº 8.666/1993: “Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...) § 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira **suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação**”.

prévia licitação, a Lei nº 8.666/1993 (art. 26)⁶⁰ exige a fundamentação da escolha do contratado (pautada pela sua capacidade para bem executar o objeto) e justificativa do preço pactuado.

Por fim, na etapa de acompanhamento da execução contratual, o ente contratante deverá certificar-se de que o objeto esteja sendo devidamente realizado – assegurando, com isso, a satisfação da necessidade pública que justificou a contratação. O adimplemento contratual é alcançado com a completa obtenção do objeto contratado pelo poder público contratante: a entrega do bem, o término da execução da obra ou a prestação dos serviços pelo tempo de vigência avençado. Presume-se, assim, que, com a realização do objeto contratado, haverá igualmente a satisfação da necessidade pública perseguida pela contratação, cumprindo-se eficazmente sua função primária. Tanto é assim que a Lei nº 8.666/1993 condiciona o pagamento do particular pela contratante à efetiva entrega do objeto (ou parte fruível) pelo contratado.⁶¹

Em resumo: o procedimento de contratação pública no regime da Lei nº 8.666/1993 é estruturado a partir de sua função primária, com vistas a assegurar que o objeto seja contratado e entregue em observância

⁶⁰ Lei nº 8.666/1993: “Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O **processo de dispensa, de inexigibilidade** ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - **razão da escolha do fornecedor ou executante**; III - **justificativa do preço**; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

⁶¹ Lei nº 8.666/1993: “Art. 40. O edital conterá (...): XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da **data final do período de adimplemento de cada parcela**; (...) § 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança”.

à melhor proposta (essencialmente pautada pela economicidade), isonomia e ampla competição.

2.6 Conclusões parciais

Eficácia, isonomia, proposta mais vantajosa (ditada, em regra, pela economicidade) e ampla competição não são valores intrínsecos à contratação pública. São, sim, os valores escolhidos pela Constituição Federal e detalhados pela Lei nº 8.666/1993, diploma que atualmente é a estrutura principal do sistema de contratações públicas.

Por sua vez, a processualização da contratação pública é pautada pela efetivação desses valores, levando-se em consideração a função primária, isto é, a satisfação de uma necessidade pública imediata, clara e diretamente relacionada ao objeto da contratação (aquisição de bem, execução de obra ou prestação de serviço).

Se, então, os valores eleitos pelo sistema brasileiro de contratações públicas são promovidos a partir da satisfação da função primária, pode-se aventar que o movimento de diversificação de seus fins certamente ensejará desafios no processo de compras estatais. Trata-se de perquirir como readequar a aplicação desses valores, quando se inicia um movimento legislativo de diversificação das finalidades envolvidas nas contratações públicas, e quais limites (ou entraves) esses valores significarão para esse movimento. Indaga-se, ainda, até que ponto critérios não estritamente relacionados com o objeto primário da contratação poderão ser incluídos no procedimento.

Por exemplo, uma vez que critérios adicionais poderão aumentar (ou, ao contrário, diminuir) os benefícios gerados pela contratação, mas também impactarão o preço final, como reconfigurar o que é a proposta mais vantajosa? Ou, tendo em vista que critérios adicionais tendem a impactar o universo de competição – acabando por excluir aqueles que

não são abarcados pelo critério adicional –, como efetivar os valores de isonomia e ampla competição, nesses casos? Como medir a eficácia da contratação, a partir do momento em que ela passa a visar, por meio da obtenção de um só objeto contratual, a finalidades diversas?

Esses questionamentos guiarão os capítulos seguintes, que descrevem e analisam o fenômeno da função derivada nas contratações públicas no Brasil.

3

ONDE ESTAMOS: A CONSTRUÇÃO DO MOVIMENTO DA FUNÇÃO DERIVADA NO BRASIL

Resumo do capítulo

O capítulo busca identificar a realidade da função derivada no contexto das contratações públicas no Brasil.

Para isso, são analisados os movimentos legislativos que trazem novidades (por vezes contrapostas e não convergentes) em relação ao arcabouço construído pela Lei nº 8.666/1993.

Foi realizado, ainda, estudo de casos, com o objetivo de tornar a descrição do fenômeno legislativo mais próxima da prática administrativa.

Constata-se haver diversas normas que ensejam a diversificação dos fins visados pelas contratações públicas, a partir da função derivada, e que estão previstas tanto em leis que regulam as contratações públicas, como espalhadas em leis de políticas setoriais. Mais do que mera previsão legal, constata-se que a função derivada é uma realidade na atividade administrativa de contratações públicas, levantando diversas questões e dificuldades práticas.

3.1 Introdução

É possível dizer que há um movimento de função derivada das contratações públicas no Brasil? Seriam experiências isoladas, ou esse uso vem intensificando-se nos últimos anos? Quais são os objetivos desse uso – a função derivada é predominantemente utilizada em um

setor específico, ou é usada em políticas públicas diversas? Quais são as características da função derivada no Brasil, e como ela vem sendo implementada em âmbito normativo?

O presente capítulo tem por objetivo responder a essas perguntas, de modo a descrever o cenário da função derivada no Brasil. Demonstrarei, por um lado, que a função derivada já é uma prática incorporada ao sistema nacional de contratações públicas, por meio de previsões legislativas expressas. Por outro lado, também identificarei o contexto e a forma de implementação dessa prática no Brasil, para, a partir dessa compreensão, melhor caracterizar esse fenômeno e seus desafios.

Para cumprir o objetivo deste capítulo, analisei os movimentos das contratações públicas a partir de mudanças legislativas, com ênfase naquelas relacionadas à diversificação dos fins e valores a serem perseguidos com as contratações.

Ressalto que, apesar da pretensão indutiva desse tópico, não se intenta, aqui, compilar exaustivamente as experiências de função derivada no Brasil – até porque esse levantamento seria de difícil viabilização, diante da existência de múltiplas esferas de normatização e promoção da função derivada.⁶² O objetivo é examinar, de forma mais fidedigna possível, a realidade da função derivada no Brasil. Diante do aspecto de viabilidade de pesquisa, a ênfase será dada para o direito posto, a partir de leis nacionais. No entanto, também será realizado estudo de casos, com o objetivo de tornar a descrição do fenômeno legislativo mais próxima da prática administrativa.

O cenário de partida foi fixado no capítulo anterior, e tem por base os valores centrais às contratações, conforme fixados especialmente pelo regime da Lei nº 8.666/1993, a partir das balizas da Constituição Federal: a contratação da melhor proposta, em regra pautada pelo

⁶² Conforme será visto no item 5.5.1, cada órgão contratante, de cada esfera federativa, pode, em princípio, normatizar e utilizar a função derivada – o que enseja a existência de uma abrangente multiplicidade de experiências de função derivada.

menor preço, com observância da isonomia e busca de ampla competição – valores esses efetivados com base na função primária da contratação pública. O presente capítulo analisa leis que, de alguma forma, impactam essa lógica.

Optei, aqui, por agregar esses diplomas tendo em vista as inovações por eles trazidas, sem elencá-los na ordem cronológica de promulgação individual de cada um. Diante disso, constatei haver três principais movimentos legislativos, que acontecem com alguma concomitância (não se tratando, portanto, de sucessão cronológica):

1) Primeiramente, a promulgação de leis gerais de contratações que **requalificaram a definição da “melhor proposta”**, abrindo a possibilidade para a consideração de critérios outros que não o menor preço. São as **reações à “ditadura do menor preço”**, critério base posto pela Lei nº 8.666/1993 para a identificação da melhor proposta. Esse movimento abarca desde disposições que, ainda focadas na economicidade, melhor delimitam o “preço” do produto (considerando, por exemplo, os custos e benefícios gerados ao longo de todo seu ciclo de vida), até normas que, expressamente, possibilitam a inclusão de critérios sociais e ambientais na determinação da melhor proposta.

2) Ao trazerem outros critérios que não o menor preço, essas inovações legislativas abrem caminho para o próprio **movimento da função derivada**, com diplomas que promovem a diversificação dos fins visados pelas contratações públicas. Veja-se que esse movimento distingue-se do anterior, uma vez que, aqui, as leis vão além da reconfiguração da melhor proposta (com a inclusão de outros aspectos para além do “preço de etiqueta”, mas ainda estritamente relacionados ao produto), passando a imputar à contratação novos fins a serem por ela perseguidos.

3) Por fim, há ainda o **movimento por maior flexibilidade e eficiência das contratações públicas**. O exemplo mais notório é a Lei do Pregão, que previu o procedimento de pregão para as contratações de bens e serviços comuns. Mas outros diplomas gerais também trouxeram inovações que caminham no sentido de maior flexibilidade e eficiência das contratações públicas, tais como a inversão de fases de habilitação e julgamento. Não vejo esse movimento como propriamente contraposto aos dois anteriores, embora se caracterize como um fluxo que pode ensejar questionamentos e dificuldades na função derivada.

Para estudar esses movimentos, o presente capítulo está estruturado da seguinte forma.

Inicialmente, identifico o conjunto de mudanças e de fatores fáticos que, combinados, possibilitam a percepção das contratações como um instrumento estatal relevante (o poder de compra estatal) e **abrem caminho para a função derivada das contratações públicas** (item 3.2).

Em seguida, analiso o **movimento contrário ao menor preço** como fator primordial para a caracterização da melhor proposta, ressaltando que a equação de vantajosidade da contratação pode congrega benefícios diversos, que vão além da economicidade e do menor preço (item 3.3).

Essas duas mudanças levam a repensar as compras estatais a partir da perspectiva de seu poder aquisitivo, possibilitando que elas sirvam de instrumento transversal de políticas públicas diversas.

Apresento, então, o **movimento para maior simplificação e eficiência das contratações públicas**, notadamente no que tange ao procedimento de seleção do contratado (item 3.4), movimento que pode ser contraposto ao da função derivada.

Também estudo o **histórico constitucional do art. 171**, da Constituição Federal de 1988, bem como da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que o revogou (item 3.5). Trata-se do único dispositivo constitucional que expressamente previa a possibilidade de uso de preferências nas contratações públicas como instrumento de uma política de proteção às empresas nacionais, e que foi revogado como parte das reformas de organização do Estado realizadas na década de 1990. Diante disso, a investigação desse histórico legislativo pode fornecer elementos interessantes para identificar os fundamentos e os objetivos para a escolha das contratações públicas como instrumento de política pública (no caso, de fomento à indústria nacional) e, posteriormente, para sua revogação.

No item 3.6, analiso as **hipóteses expressas de função derivada no marco legislativo nacional vigente**. A partir dos critérios de seleção adotados, faço o levantamento exaustivo de dispositivos de leis (em sentido estrito). Ressalte-se que, embora o levantamento seja exaustivo em âmbito legislativo nacional, o objetivo não é o de simplesmente compilar a legislação que traz hipóteses de função derivada, mas sim o de identificar como ela vem sendo incorporada pelo ordenamento jurídico nacional. Por essa razão, entendo que o universo de pesquisa selecionado a partir do corte adotado (leis nacionais vigentes, promulgadas a partir de 1988) é relevante e suficiente para construir esse cenário.

Discorro, então, sobre os **casos de uso da função derivada sem expressa previsão de lei em sentido estrito** (item 3.7). Justamente por não haver lastro legal expresso, há dificuldade prática em fazer um levantamento exaustivo, ainda que em termos abstratos, quanto a essas hipóteses. Esses casos tendem a trazer a função derivada sob a forma de obrigação contratual, possivelmente porque a previsão da função derivada em outros momentos da contratação pode levantar questionamentos relacionados à legalidade, isonomia e competição.

Assim, o tópico tem por objetivo registrar essa realidade, apontando suas questões jurídicas específicas.

Faço, também, estudo de casos ilustrativos de função derivada (item 3.8), selecionados entre as regras identificadas no item 3.6. Nesses casos, detalho a operacionalização da política pública, focando sua institucionalização e os atores envolvidos. Além disso, de modo a aproximar minha análise da prática administrativa e de seu controle externo, analiso a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (e, complementarmente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça) relacionada a esses casos. Uso fontes secundárias relacionadas aos casos, de forma não exaustiva, apenas para, eventualmente, apontar questões a eles relacionadas.

Percorrido esse caminho, terei desenhado o movimento brasileiro de função derivada atualmente existente, contextualizado no cenário mais amplo das contratações públicas, com a identificação das diferentes práticas e formas de implementação, bem como a análise do que essas experiências têm em comum. A partir desse mapeamento, acredito que poderei melhor caracterizar, no tópico seguinte, a função derivada no Brasil de forma teórica, bem como identificar as principais questões jurídicas que essa prática gera para as contratações públicas.

3.2 A percepção do poder de compra estatal como instrumento transversal de políticas públicas

Nos últimos anos, observa-se no Brasil a intensificação do uso das contratações públicas como instrumento transversal para executar políticas públicas. O Estado passa a utilizar cada vez mais de suas contratações como instrumento de políticas industriais e socioeconômicas. Há maior percepção do potencial de impacto e influência do Estado-comprador no setor produtivo.

Esse potencial de impacto não é exclusivo do Estado, mas, sim, uma capacidade inerente a qualquer grande comprador, público ou privado. O setor privado há muito sabe de seu potencial de influência gerado por seu poder de compra: sobretudo no caso de empresas com grande escala de aquisições, é possível influenciar, de forma significativa, os fornecedores, impondo condições sobre o que e como fornecer. Justamente por isso, aliás, o sistema jurídico apresenta regras para limitar, em situações significativas (isto é, de compradores com efetiva capacidade de determinar comportamentos), as condutas dos compradores, protegendo interesses dos fornecedores.⁶³

Nesse contexto, verifica-se, também no setor privado, a busca de melhor tomada de decisão em relação às aquisições da organização, que é intensificada quando há escassez de recursos. Ademais, os atores privados em geral também podem se utilizar de seu poder de compra para fins derivados à contratação, notadamente para o cumprimento de compromissos de responsabilidade ética e de sustentabilidade.

Além de não ser exclusivo do setor público, a compreensão mais recente do poder de compra como instrumento de impacto no setor produtivo não significa que, no passado, o Estado não tenha se utilizado de seu poder de compra dessa forma derivada, para indiretamente alcançar outras finalidades para além da simples aquisição de bens, obras e serviços. Veja-se o caso das políticas públicas industriais, que há tempos se utilizam do poder de compra estatal como instrumento de desenvolvimento do setor produtivo nacional, notadamente por meio de preferências às empresas nacionais e, por vezes, pela restrição do acesso a essas compras pelo mercado estrangeiro. A título de exemplo, a preferência para a aquisição de bens e serviços de informática

⁶³ A maior parte das condutas previstas como infração à ordem econômica pela Lei nº 12.529/2011 (artigo 36, § 3º) são aplicáveis tanto para fornecedores/vendedores, como para adquirentes/compradores. O direito concorrencial dedica-se ao poder de mercado dos compradores especialmente em relação aos monopólios e oligopólios. Sobre o tema, ver Salomão Filho (2013, p. 201 e seguintes).

produzidos por empresas nacionais já era prevista na Lei nº 7.232/1984 (conforme seu art. 11).

O uso da função derivada das contratações (e a intensificação no seu uso) tampouco é um movimento isolado do Brasil no mundo. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Buy American Act*, promulgado em 1933, estabelece preferências para produtos nacionais nas aquisições governamentais, enquanto o *Small Business Act*, de 1953, prevê preferências para micro e pequenas empresas. Na África do Sul pós-*apartheid*, as contratações públicas foram consideradas como instrumento relevante para permitir a efetiva integração e o desenvolvimento de parcelas excluídas da população – tão importante que a função derivada foi posteriormente prevista no texto constitucional.⁶⁴ Mais recentemente, na União Europeia pós-crise 2008, a nova Diretiva que regula as contratações públicas na região tomou como ponto de partida a relevância do poder de compra estatal como

⁶⁴ Bolton (2006, p. 203) aponta que a própria Constituição da África do Sul de 1996 autorizou o uso da licitação como instrumento de política pública: “The most important provision in the Constitution that deals with government procurement and specifically its use as a policy tool is section 217. Subsection (1) provides that when organs of state contract for goods or services, they must do so in accordance with a system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective. Subsection (2) provides that ‘[s]ubsection (1) does not prevent [organs of state] from implementing a procurement policy providing for (a) categories of preference in the allocation of contracts; and (b) the protection or advancement of persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination’. Subsection (3) then provides that ‘[n]ational legislation must prescribe a framework within which the policy referred to in subsection (2) must be implemented’ (emphasis added).” A autora pondera, contudo, que, apesar da disposição constitucional, não há um direito adquirido à preferência: a equidade material é um dos cinco princípios colocados pela Constituição para as contratações públicas (ao lado da justiça, transparência, competitividade e eficiência), sendo que todos devem ser sopesados (p. 204-205).

instrumento apto a não apenas fomentar a recuperação econômica, mas também a incentivar a inovação do setor produtivo.⁶⁵

O que se afirma aqui é que, se antes a função derivada podia ser encontrada em iniciativas pontuais e reiteradas (como nas políticas de incentivo à indústria nacional), mais recentemente ela se transforma em instrumento transversal de políticas públicas, desde políticas de proteção às mudanças climáticas, até de fomento a grupos hipossuficientes diversos.⁶⁶

A atual difusão da expressão “poder de compra estatal” demonstra bem esse movimento. A colocação das compras estatais como “poder” ressalta a capacidade de impacto e influência do mercado pelo Estado-comprador, apresentando-se como uma ferramenta capaz de promover fins públicos diversos. Tendo em vista a relevância, em termos quantitativos e qualitativos, das compras estatais para o mercado produtivo, elas podem afetar não apenas seus fornecedores diretos, mas também o resto do mercado consumidor, na medida em que enviam sinais do tipo de consumo desejado – afetando novamente o mercado fornecedor. O Estado-comprador pode fazer uso desse potencial de impactar e influenciar o setor produtivo não apenas para adquirir os bens, as obras e os serviços efetivamente necessários, mas também para alcançar políticas socioeconômicas diversas.

O objetivo do presente item é elencar alguns fatores que podem indicar as causas da intensificação do uso função derivada. O que propulsionou

⁶⁵ Ver, nesse sentido, as justificativas trazidas pela Diretiva (p. 72): “As autoridades públicas deverão fazer a melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação. A aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios sociais. Contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios econômicos, ambientais e sociais no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, conseqüentemente, à promoção de um crescimento econômico sustentável”.

⁶⁶ A evolução das experiências de função derivada no cenário brasileiro, a partir do ano 1988, é detalhadamente analisada no item 3.6.

a intensificação do uso da função derivada **nos últimos anos** (sobretudo a partir da década de 1990), a ponto de o poder de compra estatal propagar-se por diferentes políticas públicas? Trata-se, é claro, de uma tentativa não exaustiva, sendo difícil identificar, de forma conclusiva, a relação causa-consequência desse fenômeno – sobretudo porque não há fator único, mas, sim, contextos que propiciam a adoção do poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas. Além disso, ressalte-se que, aqui, não abordarei os fundamentos específicos para o uso da função derivada (o que será feito no item 4.4); busca-se caracterizar o cenário que propiciou o fenômeno da função derivada.

Há fatores diversos que contextualizam as origens da intensificação desse movimento na atualidade, notadamente relacionados com a transformação das funções estatais (crescimento e mudanças na forma de sua prestação), a necessidade de maior eficiência na atuação administrativa, e o potencial de impacto das compras estatais (ainda mais por se tratar de um instrumento não apenas da União, mas também de estados e municípios).

A maior parte desses fatores é comum a várias outras transformações que impactaram, nos últimos anos, a gestão pública e o Direito Administrativo, e que refletem alterações na própria natureza da atividade e regulação estatais.⁶⁷ Outros, por sua vez, estão mais diretamente ligados às compras estatais. O panorama desenhado a partir dessa combinação de fatores abre caminho para a transformação no uso do poder de compra estatal: políticas públicas diversas passam a apropriar-se das contratações públicas como instrumento para a implementação de seus objetivos.

⁶⁷ Como ressaltado por Comparato (1990, p. 264), “a função primordial do Estado liberal consistia na produção de Direito, por meio da edição de leis; enquanto que a função primordial do Estado pós-liberal passou a ser a produção de políticas ou programas de ação. No primeiro caso, o Direito apresentava um caráter meramente declaratório da ‘ordem natural das coisas’; no segundo, ele se torna um instrumento de consecução de fins, ou seja, assume o caráter de norma técnica”.

O primeiro bloco de fatores relacionados às origens do movimento da função derivada não é exclusivo desse tema, sendo decorrente de mudanças na organização do Estado ocorridas a partir do processo de redemocratização. A Constituição Federal de 1988 cristaliza mudança significativa **no âmbito e na forma de ação estatal**. A fixação de amplo rol de direitos sociais impõe ao Estado a prestação e o oferecimento dessas utilidades à sociedade. Direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao meio ambiente adequado: são todos direitos trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro (notadamente pela Constituição Federal) e que ensejam, em sua maioria, o dever prestacional do Estado para assegurar-los aos cidadãos.

A Constituição de 1988 marca, de forma significativa, a acumulação dos direitos sociais coletivos aos direitos individuais, adotando novas premissas de sistema de justiça distributiva.⁶⁸ Essa passagem de modelo de justiça individual para modelo de justiça distributiva pode ser um dos fatores que explica a intensificação do uso do poder de compra estatal como instrumento para a efetivação de direitos.⁶⁹ No caso de direitos individuais, o papel do Estado na sua concretização está mais relacionado a uma esfera de atuação negativa, de proteção, e não de disponibilização de utilidades – sendo efetivados, em geral, a partir de pleitos também individuais, em âmbito administrativo ou judicial. Com o reconhecimento intensificado dos direitos sociais, verifica-se a

⁶⁸ Sobre a necessidade de prestações positivas estatais geradas a partir do Estado social, e o reflexo no paradigma de atuação estatal na economia (a partir de um Estado intervencionista), Bucci (2002, p. 5) aponta que: “O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos de ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas”.

⁶⁹ Essa diferença de modelos de justiça é ressaltada por McCrudden (2007, p. 63): “Since there are different instrumental functions which equal status law is frequently thought to serve, which function, or which combination of functions, are chosen has important implications for the enforcement mechanisms that will be appropriate. There are two main functional models to which anti-discrimination laws conform: an individual justice model, and a group justice model. More recently, however, two additional approaches are apparent: an attempt to secure the implementation of equality norms extraterritorially, and the introduction of ‘mainstreaming’”.

limitação dos instrumentos tradicionais de implementação de direitos (que são estruturados a partir da lógica de direitos individuais), bem como a busca de maior uso de técnicas estatais de persuasão, em vez de coação (MCCRUDEN, 2007, p. 77).

As contratações públicas podem ser utilizadas como instrumento interessante para a efetivação de direitos sociais coletivos, na medida em que, por um lado, têm estrutura coletiva (quer dizer, buscam atender fim ou necessidade de alguma coletividade) e, por outro, sua implementação é menos restritiva para toda a sociedade do que outros instrumentos regulatórios (como, por exemplo, norma impositiva geral). O poder de compra estatal mostra-se como ferramenta viável e efetiva para a concretização de direitos coletivos, ao mesmo tempo em que permite a atuação estatal mais subsidiária.⁷⁰

A expansão de deveres prestacionais estatais vem aliada a um cenário de escassez de recursos públicos, que ocorre em razão da diversidade de necessidades públicas a serem satisfeitas pelo Estado, bem como em função de crises econômicas e fiscais vivenciadas pelo Brasil de tempos em tempos.

Muito foi escrito sobre o momento vivido pelo Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e os processos de reformas realizados em resposta a esse novo cenário. Para o presente trabalho, é relevante apontar que o Estado vem buscando novas formas para assegurar a disponibilização do extenso rol de direitos previstos na nova Constituição, utilizando tanto meios indiretos de intervenção estatal, como meios que trazem o setor privado como executor desses fins.

Nesse contexto, desenvolveram-se técnicas e instrumentos indiretos de intervenção estatal para o alcance de fins públicos, a partir do

⁷⁰ Estorninho (2012, p. 417) destaca o papel do contrato administrativo na transição do Estado liberal para o Estado social: "Às finalidades tradicionais da contratação pública foram-se somando novas preocupações. Aos poucos, foi-se tomando consciência de que a contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, pode servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais".

entendimento de que a maior subsidiariedade estatal é capaz de melhor preservar os direitos individuais e tende a gerar maior eficiência e especialização da ação administrativa do que os meios de intervenção direta. Assim, dentre os diversos instrumentos para o Estado intervir e regular a sociedade e a economia, opta-se pelos indiretos, com o arrefecimento do uso de instrumentos diretos – com preferência, exemplificativamente, aos incentivos tributários em vez de transferências financeiras diretas, ou à participação acionária estatal minoritária em empresas privadas no lugar da criação de novas empresas estatais.

O uso do poder de compra estatal surgiu como uma dessas técnicas indiretas de intervenção estatal. Ao determinar o que irá comprar, o Estado impacta os mercados fornecedores, utilizando seu “poder” para direcionar condutas do setor produtivo em prol da satisfação de fins públicos, diversos daquele que originou a necessidade de contratar.

Esse uso político do poder de compra é mecanismo interventivo marcadamente subsidiário (mas com significância em termos de possibilidade de impacto), na medida em que o Estado não irá implementar, ele próprio e diretamente, o fim perseguido. Ele nem mesmo contrata a execução direta desse fim, para seu fomento estatal direto; e tampouco adota instrumento de comando direto ao setor produtivo, com a previsão de sanção.⁷¹ A ação estatal é estruturada de modo extremamente indireto e subsidiário, sendo que o fim público visado é adicionado a outra atividade administrativa: a contratação pública, que, originalmente cumprindo sua função primária, passa a buscar não apenas sua finalidade primária e original, mas também esse fim secundário e adicional.

As contratações públicas, como formalização de uma parceria entre os setores público e privado para a disponibilização de utilidades públicas, ganham ainda maior relevância no contexto de crise econômica, por dois motivos. Primeiro, pela tendência de aumento dos gastos estatais como

⁷¹ A delimitação e as características da função derivada são analisadas no Capítulo 4.

política anticíclica, com o estímulo estatal da economia por meio de suas compras. Há, com isso, o aumento da representatividade do Estado-comprador, de sua importância estratégica, como consumidor, para o setor produtivo e para a economia como um todo. Segundo porque, no contexto de crise, aumentam as pressões para o Estado comprar de forma mais eficiente e para obter melhor custo-benefício. Assim, o uso (e o melhor uso) do poder de compra estatal passou a ser visto como estratégia de política econômica, uma tática para o enfrentamento de dificuldades econômicas vivenciadas por alguma região.⁷²

Exemplo recente nesse sentido é o caso da União Europeia, que, no ano de 2014, publicou novas Diretivas regulando as contratações públicas na região.⁷³ No processo de revisão das Diretivas – e nos fundamentos trazidos por ela –, foi destacado o papel estratégico da contratação pública, não apenas para propiciar a unificação do mercado europeu, mas também para concretizar uma estratégia econômica de longo

⁷² Comentando sobre os Estados Unidos da América, Schooner e Yukins (2009, p. 88) destacam essa tendência de uso estratégico do poder de compra estatal para o enfrentamento de crises econômicas – e os perigos que isso traz para o livre comércio, diante do possível uso dessa estratégia de forma protecionista: “Faced with a crisis, the US seemed poised to quickly jettison its decades-old leadership role in, and commitment to, open procurement markets and the pursuit of value for money”.

⁷³ São elas: Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos (Diretiva clássica); Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; e Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

prazo para a região (a Europa 2020, que visa ao crescimento inteligente, sustentável e inclusivo da União Europeia⁷⁴).⁷⁵

Pereira e Franco (2012, p. 165) mencionam que as novas Diretivas adotaram duas principais inovações: (i) flexibilização procedimental, permitindo o alcance de fins estratégicos do Estado, de forma mais eficiente e eficaz – com a criação, por exemplo, da modalidade “parcerias para a inovação”; e (ii) uso do contrato como instrumento para o alcance de fins econômicos e sociais – por exemplo, com a flexibilização das causas de “inidoneidade”, o incentivo às pequenas e médias empresas (inclusive por meio da divisão do objeto em lotes) e às empresas novas, e a expressa diversificação dos critérios a serem considerados para a escolha da proposta mais vantajosa. De acordo com os autores, “[n]ão se trata de redirecionar as atenções, mas, diríamos, de (um) alargamento do espectro dos objetivos inerentes à contratação pública, em que às tradicionais preocupações adstritas ao financiamento do mercado se juntam agora as naturais inquietações com a sobrevivência (e o fortalecimento) do mercado”.

Nesse sentido, foram revistos paradigmas contratuais para fazer frente às demandas sociais e ambientais, de modo a propiciar que o poder de compra estatal seja utilizado, em contexto de crise, de forma mais eficiente para a realização dos fins visados pelo plano Europa 2020. Estorninho (2012) comenta sobre a revisão dos paradigmas da contratação pública em um contexto de crise, relacionando seu uso, após a crise, para a implementação de políticas sociais e ambientais:

⁷⁴ A proposta Europa 2020 está disponível em: http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_en.htm. Acesso em: 20/01/2016.

⁷⁵ Pereira e Franco (2012, p. 145-146) analisam as novas Diretivas justamente a partir desse contexto de crise, ambiente que determinou as inovações trazidas pelos novos diplomas. De acordo com os autores: “É assim que as propostas de revisão das diretivas colocam como (novo) grande objetivo a adaptação do regime de contratação pública à atual situação política, social e econômica, procurando, designadamente, promover a criação de emprego e crescimento económico; ao lado desse – mas surgindo também como seu instrumento – estão a simplificação e flexibilização das regras de aquisição de serviços e bens”.

Em 2012, em tempos de crise, percebe-se que, mais do que nunca, as entidades públicas, enquanto entidades adjudicantes, têm a obrigação de exercer o seu poder de compra de modo social e ambientalmente responsável. Como integrar as considerações ambientais e sociais na contratação pública? Pense-se num exemplo singelo: um contrato de empreitada de obra pública pode – melhor, deve – ser encarado como um meio não apenas de obtenção de obra pública em si mesma (permitindo a realização direta de determinado fim de interesse público, por exemplo, a instalação de uma escola pública), mas também como um instrumento de prossecução de políticas públicas ambientais (por exemplo, exigindo-se do empreiteiro a utilização de materiais de construção amigos do ambiente) e de políticas públicas sociais (por exemplo, impondo-se ao empreiteiro a contratação de determinada percentagem de trabalhadores desempregados). Como compatibilizar essas considerações ambientais e sociais com o regime jurídico tradicional de contratação pública? Qual o novo paradigma de Direito dos Contratos Públicos adequado aos novos (e difíceis) tempos? (ESTORNINHO, 2012, p. 417-418)

O caso da União Europeia é relevante, ainda, para apontar o papel das compras públicas diante da globalização. O estabelecimento de regras em âmbito de acordos internacionais é utilizado para propiciar a integração dos mercados nacionais, servindo as contratações públicas como facilitador da integração global. Por essa razão, no âmbito da União Europeia, as regras sobre contratações públicas tinham o objetivo inicial de uniformizar e integrar os mercados da comunidade, inclusive (e por meio) das contratações públicas.

Também é por isso que a Organização Mundial do Comércio e o Banco Mundial⁷⁶ possuem regras procedimentais e materiais específicas relacionadas às contratações governamentais. As disposições procedimentais buscam assegurar maior transparência e publicidade às compras (e, portanto, maior possibilidade de que atores estrangeiros tenham conhecimento da intenção de contratar e possam, assim,

⁷⁶ As normas específicas sobre comércio internacional serão analisadas no item 5.5.3.

participar como interessados). Já as regras materiais dispõem sobre o nível e o tipo de exigências que podem ser feitas nas compras públicas, evitando restrições de acesso ao mercado relacionadas à nacionalidade do produto ou produtor.

O uso diversificado das contratações públicas também reflete o fluxo de maior imputação, ao setor privado, da execução de fins públicos. Como consequência direta da redemocratização e, pois, da abertura da atividade estatal à participação social, o Estado perde o “monopólio” sobre a determinação dos fins públicos e sobre sua execução (MARQUES NETO, 2002). Diante disso, aumentam os exemplos em que o Estado age mediante instrumentos consensuais (em contraposição aos atos administrativos unilaterais e impositivos), negociando com atores privados a proteção e satisfação de fins públicos.⁷⁷ Também se ampliam as situações em que o setor privado é chamado para efetivar fins de relevância social, tais como os diferentes tipos de ajustes de parcerias público-privadas ⁷⁸ e o crescimento da intervenção estatal por meio da função fomentadora.⁷⁹

As contratações públicas representam justamente a formalização de parcerias (em sentido amplo) entre o Estado e o setor produtivo, para a disponibilização de utilidades de relevância pública. Ou seja, pelo enfoque da implementação de direitos, as contratações públicas surgem como ferramenta para a promoção de fins sociais pelos privados, que aparecem então como parceiros do poder público. O mesmo ocorre em relação à função derivada da contratação, em que o setor privado atua como parceiro do poder público na execução de fins de relevância pública.

⁷⁷ Sobre o tema, ver Palma (2015).

⁷⁸ A expressão “parceria público-privada” é usada aqui em seu sentido amplo, abrangendo não apenas os contratos de parceria público-privado regulados pela Lei nº 11.079/2004, mas também qualquer ajuste em que um ente privado é chamado pelo Estado para auxiliá-lo na disponibilização de utilidades de relevância públicas.

⁷⁹ Sobre a função estatal fomentadora, ver Marques Neto e Zago (2014).

Por fim, é preciso destacar o papel do poder de compra estatal no estímulo de produtos e de processos inovadores, que não seriam buscados de forma espontânea pelo mercado, em razão dos desincentivos existentes. Tendo em vista a relevância da inovação para gerar desenvolvimento socioeconômico, o poder público pode atuar de variadas formas para estimular investimentos na área de inovação – por exemplo, por meio da criação de instituições públicas destinadas a pesquisas ou da concessão de incentivos para novas empresas inovadoras.

Um dos instrumentos de destaque é, justamente, o poder de compra estatal, por meio do qual o Estado antecipa e fomenta a criação de mercado para produtos e processos tecnológicos e acelera o tempo de maturação comercial desses investimentos, reduzindo seus riscos e neutralizando o “*price gap*” tipicamente existente nos processos inovativos.⁸⁰ Além disso, o desenvolvimento de novas tecnologias envolve riscos significativos para o investidor, pela incerteza do sucesso na obtenção de inovação comercialmente viável – e, portanto, pela incerteza também no retorno dos investimentos. Dessa forma, apenas os incentivos de mercado, de caráter mais imediatista, em geral não são capazes de captar as externalidades positivas que produtos e processos

⁸⁰ Muitas vezes, o setor produtivo é capaz de desenvolver a tecnologia, mas não consegue deixá-la acessível para o mercado consumidor em termos econômicos. Em inovações tecnológicas, há defasagem (em geral longa) entre o momento da inovação e o tempo em que a tecnologia torna-se competitiva no mercado livre (“*price gap*”). A longa maturação necessária entre o aporte do investimento e a efetiva obtenção de resultados econômicos traz desestímulos ao setor produtivo, que não visualiza o retorno mais imediato nos altos investimentos necessários para o desenvolvimento de processos e tecnologias inovadores. O Estado pode, pois, reduzir o “*price gap*”, antecipando e fomentando o mercado para as inovações tecnológicas.

inovadores podem gerar para o sistema produtivo e a sociedade como um todo.⁸¹

Tendo em vista a relevância da inovação para o desenvolvimento socioeconômico, o poder de compra estatal surge como mais um instrumento que pode ser utilizado para a efetivação de políticas de estímulo à inovação – ao lado de mecanismos tradicionais, como subsídios e transferências diretas. Dessa forma, políticas de inovação são promovidas com a criação de demanda⁸² por meio do poder de compra estatal.

Em suma, o incremento dos direitos sociais gerou, em contrapartida, o aumento dos deveres estatais e certa insuficiência dos meios até então utilizados para a efetivação de direitos, concebidos a partir da estrutura de direitos individuais; a escassez de recursos públicos, causada tanto por efetivas crises econômicas, quanto pelas cada vez mais crescentes necessidades públicas; a busca por formas subsidiárias de intervenção estatal; a ampliação da participação do setor privado na implementação de fins públicos; a relevância das compras públicas para a integração comercial global; e o papel do Estado no incentivo a processos de inovação. Todos esses fatores, combinados e intensificados nos últimos anos, formaram o cenário propício para que as compras estatais despontassem como um expressivo instrumento a ser manejado pelo Estado para efetivar fins públicos diversos.

⁸¹ Moreira e Vargas (2009, p. 41) assim descrevem como o governo induz os processos de inovação por meio do uso de seu poder de compra: “Ao estabelecer os requisitos para a aquisição de produtos vindos das empresas contratadas, o governo assume posicionamento que o coloca não somente como consumidor para esses produtos, mas principalmente como definidor dos parâmetros e requisitos que permearão as etapas de produção de um desenho analítico, desenho detalhado, produção e distribuição/comercialização. Nesse sentido, o governo adquire a capacidade de interferir no mercado a partir do estabelecimento de parâmetros para a produção que, futuramente, seguindo o proposto por Kline e Rosenberg (1986), levarão à criação de novas condições de mercado e ao surgimento de inovações”.

⁸² São as chamadas políticas de inovação baseadas na demanda, que, em inglês, são referidas como “*demand based innovation policies – DBIP*”. Sobre o tema, ver Squeff (2014).

O Estado-comprador percebeu o potencial de seu poder de compra para conduzir o setor produtivo no sentido de obter benefícios diversos para sociedade, o que o fez surgir como instrumento transversal para a implementação de diferentes políticas públicas socioeconômicas.

Por sua vez, as contratações públicas, como procedimentos que formalizam esse poder de compra estatal, deixam de ser “atividade-meio” estatal, utilizadas apenas para permitir a mera aquisição de bens e serviços, de forma eficiente e isonômica, pelo poder público. Para além de sua função primária e original, as contratações públicas passam a deter, também, uma função derivada, surgida como nova finalidade a ser perseguida para realizar objetivos adicionais àqueles relacionados à simples obtenção de bem, obra ou serviço.

3.3 Revendo a proposta mais vantajosa: reações à “ditadura do menor preço”

Em conjunto com a criação (a partir de fatores diversos) de um ambiente propício para a utilização do poder de compra estatal como instrumento transversal de políticas públicas, houve também um movimento especificamente relacionado às contratações públicas: o das **reações contra “a ditadura do menor preço”**, as quais nascem como resposta às **dificuldades criadas pela utilização do menor preço como fator quase exclusivo para a delimitação do objeto e identificação da melhor proposta** nas contratações públicas. Passou-se a buscar não apenas melhor qualidade, mas também a consideração de outros critérios, que vão além dos aspectos econômicos. Esse movimento não se confunde com a função derivada, nos termos definidos neste trabalho, mas facilita o seu surgimento, ao abrir caminho para novas visões sobre o resultado admitido para as contratações públicas.

As reações contra o menor preço podem ser constatadas em várias frentes – legislação, jurisprudência, produção acadêmica. Neste item, meu foco é nas alterações legislativas que foram flexibilizando o fator

do menor preço nas contratações públicas e expressamente trazendo critérios diversos (como sociais e ambientais) a serem considerados para a delimitação do objeto e a definição da melhor proposta.

Conforme mencionado no Capítulo 2, o procedimento de contratação pública regido pela Lei nº 8.666/1993 determina o menor preço como regra geral para identificar a melhor proposta – a ser, por sua vez, obtida com observância da isonomia e ampla competição.

Resultado do cenário de crise fiscal e escândalos de corrupção, a Lei nº 8.666/1993 impõe ao gestor público, como regra geral, a compra mais barata possível, demandando requisitos técnicos objetivos estritamente essenciais para assegurar a satisfação da necessidade pública envolvida. Seus mecanismos buscam afastar qualquer subjetividade na escolha dos parâmetros técnicos e ampliar o rol de competidores habilitados a disputar a compra em questão.

Nessa perspectiva, abre-se caminho para a aplicação, quase exclusiva, do critério do menor preço nas contratações públicas, em contraposição com critérios de qualidade – seja na definição do objeto, na especificação das qualificantes mínimas do contratado ou no julgamento da melhor proposta para o poder público. Esses foram reduzidos, ao máximo possível, tanto para evitar direcionamentos na contratação (em reação aos escândalos de corrupção), como para viabilizar a contratação mais econômica (em termos de preço a ser pago no momento da contratação) para o ente público contratante (como resposta à crise fiscal).

Diante da regra geral – e de aplicação quase automática – da melhor proposta como o menor preço, os gestores públicos têm dificuldades para incluir fatores técnicos na delimitação do objeto e no julgamento das propostas, mesmo nos casos em que a complexidade do objeto (ou a necessidade pública que enseja a contratação) assim demanda. Pois, se a regra é o menor preço, justificar a exceção demanda esforço, sempre restando o receio de contestações.

E, assim, as compras passaram a ser adquiridas quase que exclusivamente com base no menor preço, até mesmo no caso de objetos que envolviam fatores técnicos relevantes. Mais do que isso: as especificações técnicas dos objetos e as exigências de qualificação técnica são as menores e o menos restritivas possível, pois qualquer maior detalhamento ou especificação pode ser contestado por órgãos de controle⁸³ ou mesmo por qualquer cidadão, seja administrativamente (por meio de impugnação ao edital⁸⁴), seja judicialmente.

Nesse contexto, contratar por técnica e preço gera dificuldades e receios para os gestores públicos. Criou-se um absolutismo do menor preço, com uma espécie de presunção de ilegalidade de especificações técnicas, que são contestadas de partida (e muitas vezes excluídas), ainda que possam ser justificadas em função das peculiaridades da contratação.

Fiuza e Medeiros (2013, p. 21) apontam que, para não questionar o critério de menor preço, criaram-se artifícios para que as contratações pudessem satisfazer às necessidades estatais mais variadas (desde o fomento a grupos hipossuficientes, à sustentabilidade e ao desenvolvimento nacional), como, por exemplo, a alta especificação técnica do objeto para sua contratação por inexigibilidade. Os autores entendem ainda que foram feitos “remendos” no ordenamento

⁸³ Sobre a participação do Tribunal de Contas da União no projeto de lei que originou a Lei nº 8.666/1993, Fernandes (2010, p. 137) afirma que ela intensificou-se nas articulações para a aprovação, na Câmara do Deputados, do segundo substitutivo (após o substitutivo do Senado), pressionando o texto do projeto no seguinte sentido: “O Tribunal recomendava que a qualificação técnica fosse definida por meio de fórmulas matemáticas que suprimissem o subjetivismo e que o julgamento das propostas adotasse exclusivamente critérios baseados no menor preço. Essas regras implicavam em restringir severamente a utilização nas licitações da seleção de propostas pela ponderação de fatores técnicos, adotada em contratações de alta complexidade. O DL 2.300 previa os critérios denominados “melhor técnica” e “técnica e preço”, então duramente criticados como vulneráveis ao direcionamento”.

⁸⁴ Conforme Lei nº 8.666/1993: “Art. 41, § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113”.

jurídico, para expressamente autorizar situações em que a contratação deve atentar para outros fatores que não o menor preço, inclusive concedendo preferências para grupos hipossuficientes.⁸⁵

Talvez em decorrência dos resultados esdrúxulos criados com a aplicação do critério de menor preço e dos sucessivos exemplos de objetos de má-qualidade adquiridos, que não eram capazes de satisfazer o objetivo pelo qual haviam sido contratados,⁸⁶ mais recentemente é possível verificar a inclinação, por parte do legislador, de requalificar o conceito da melhor proposta, desconstituindo seu vínculo (quase sempre) automático com o menor preço.

Há três diferentes “frentes” que exprimem essa tendência:

(i) ainda em uma abordagem econômica da melhor proposta, a ampliação do conjunto de fatores a serem considerados como custo da contratação, especialmente a partir da abordagem de todo o ciclo de vida do produto;

⁸⁵ Nas conclusões dos autores: “Além disso, como parece ter se tornado um tabu questionar o critério de menor preço, a legislação brasileira começou a receber todo tipo de remendo para se poderem direcionar licitações de modo a atender objetivos de política dos mais diversos: Fomentar as micro e pequenas empresas: reservando parte dos itens de compras, instituindo o empate ficto (Lei Complementar 123/2006); Fomentar a produção nacional: instituindo margem de preferência num teto percentual fixo (Lei nº 12.349/2010); Promover a sustentabilidade: também leva a especificações bastante detalhadas de bens e serviços ou o requerimento de certificações de sustentabilidade; Favorecer fornecedores que estão em situação de desvantagem competitiva e necessitam de apoio de compras governamentais, como instituições de pesquisa, ensino ou recuperação de presos; associações de portadores de deficiência física; subsidiárias e controladas de empresas públicas e de capital misto; e organizações sociais. Boa parte desse aparato de estratégias seria desnecessária, entretanto, se: (i) fosse possível ao comprador usar técnica e preço em um número maior de situações; (ii) estivesse à disposição dos compradores um cadastro positivo de fornecedores, nos moldes do recém-criado cadastro positivo de crédito (detalhes na seção 2.3)”.

⁸⁶ É representativo o fato de a expressão “licitação por menor preço” ser utilizada por diversos atores para se referir a objetos adquiridos pela administração sem funcionalidade, desde objetos mais simples (como no exemplo da caneta esferográfica com defeitos ou vida útil reduzida, ou do pó de café com sabor muito ruim), até os mais complexos (como obras paralisadas durante sua execução por erros básicos de engenharia).

- (ii) a flexibilização do menor preço como regra geral para a escolha da melhor proposta, a partir da reavaliação do fator técnico como critério de julgamento; e
- (iii) a consideração de fatores técnicos diversos (socioeconômicos), não exclusivamente econômicos, dentre as características a serem atendidas pela contratação e pelo seu objeto.

1) A primeira frente diz respeito à **ampliação dos fatores (positivos e negativos) a serem levados em conta para a quantificação dos custos da contratação**. Esses deveriam ser dimensionados não apenas pelo custo monetário a ser despendido no momento da efetiva aquisição (“preço de etiqueta”), mas sim ao longo de todo o ciclo de vida do objeto da contratação, incluindo custos desde sua produção, operação, manutenção e descarte (custo total do produto). São custos e benefícios que, embora não estejam diretamente relacionados à aquisição em si do produto, são gerados pela sua produção, consumo e descarte (externalidades negativas e positivas). Mantém-se, aqui, a abordagem econômica da delimitação da melhor proposta, porém com a ampliação dos fatores a serem considerados nos cálculos para quantificar e sopesar os impactos positivos e negativos do objeto.

Pode-se mencionar, exemplificativamente, metodologias para dimensionar os custos a partir da análise do ciclo de vida (ACV) do

produto,⁸⁷ desenvolvida notadamente a partir de práticas sustentáveis, com vistas à promoção do consumo sustentável e da eficiência de recursos.⁸⁸ Aqui, o custo da contratação passa a ser dimensionado a partir da avaliação dos impactos (custos e benefícios) do produto, desde sua extração e produção, transporte, instalação, operação, manutenção, reuso/reciclagem e disposição final.⁸⁹

Nas práticas de contratações sustentáveis que surgiram no Brasil a partir da década de 2000, houve grande empenho, por parte de seus defensores,

⁸⁷ A ACV nasce na década de 1960, no contexto de desenvolvimento de avaliações mais complexas sobre o impacto dos produtos: "O conceito de ACV não é propriamente novo. Nasceu na década de 1960, quando o mundo vivia a crise do petróleo e uma onda de questionamentos sobre poluição. Assim, os primeiros estudos de ACV se voltaram ao uso de energia. Logo em seguida, a Coca-Cola financiou estudo pioneiro do Midwest Research Institute (MRI) a fim de comparar os diferentes tipos de embalagem para refrigerantes. Para a surpresa de muitos, na época a garrafa plástica não retornável foi identificada como alternativa menos nociva ao meio ambiente, quando se consideram todas as etapas do ciclo de vida. O resultado se explicava pelo material ser bem mais leve em relação aos demais, o que significava menor emissão de gases no transporte. Na década seguinte, a EPA, agência de proteção ambiental norte-americana, aprimorou o método e a novidade logo chegou à indústria química. Na década de 1980, a Comunidade Econômica Europeia orientou empresas a monitorar o consumo de energia e recursos naturais, com base na nova ferramenta. Na época, o instituto suíço EMPA (Swiss Federal Laboratories for Testing and Research) avançava na construção de uma régua com padrões de referência para análise do impacto ambiental de embalagens. Foi gerado o primeiro banco de dados público sobre vários materiais para dar suporte à aplicação do método" (ALEM et al., 2015, p. 72).

⁸⁸ Esses dois objetivos são apontados no início do trabalho do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas, que estabelece uniformização de metodologia para o cálculo dos custos dos produtos a partir de uma abordagem de utilização de recursos ao longo de todo seu ciclo de vida: "Two of the United Nations Environment Programme's thematic priorities support the transition to a green economy: resource efficiency, and sustainable consumption and production. Initiatives with governments and all civil society groups to create new and revise existing public policies, and to improve application of policy tools support the themes of sustainable consumption and production" (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2011, p. 36).

⁸⁹ No contexto das Nações Unidas, ciclo de vida do produto é assim definido: "Life cycle thinking implies the understanding that materials are extracted from the earth, converted into process materials, combined with other materials to make parts, assembled into a finished product, shipped to customers who use the products and then the products are disposed of in some fashion. Along that value chain, energy is used, waste generated, other natural resources used, etc. Life cycle thinking seeks to develop a fuller and more complete understanding of the consumption of energy and materials, and the resulting release of emissions associated with the extraction, processing, manufacturing, use and end of life management of materials and products" (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2011, p. 37).

em justificar que o custo total da contratação não necessariamente seria maior, pois os custos indiretos deveriam ser considerados. Buscou-se demonstrar que, embora o dispêndio inicial com a contratação pudesse ser mais elevado, ele seria menor quando se considerasse todo o ciclo do produto. O exemplo da lâmpada fluorescente demonstra bem essa argumentação: o custo de sua produção tende a ser mais elevado do que a opção da lâmpada incandescente – e, portanto, o custo inicial de sua aquisição (“preço de etiqueta”) tende a ser maior. Porém, a lâmpada fluorescente consome menos energia em seu uso (custo de operação menor) e possui maior durabilidade, o que reduz os custos com descarte de resíduos, bem como posterga os custos de aquisição de uma nova lâmpada. Passa-se, assim, a considerar a melhor proposta a partir dessa avaliação mais ampla de custos e benefícios da compra,⁹⁰ em uma abordagem dos impactos no longo prazo.⁹¹

Nesse sentido, a Lei do RDC estabeleceu, como diretriz das contratações pelo Regime Diferenciado das Contratações Públicas, a busca da melhor vantagem para o ente contratante, entendendo por maior vantagem inclusive os custos e benefícios “**relativos à manutenção, ao**

⁹⁰ Em relação às contratações sustentáveis, Betiol *et al.* (2012, p. 41) apontam: “É coisa do passado justificar que a Lei 8.666/1993 impede a preferência por produtos sustentáveis porque restringem a competição ou são mais caros que os convencionais. Mesmo podendo custar mais inicialmente (preço de etiqueta), produtos mais eficientes no consumo de água e energia, por exemplo, implicam em economias a médio e longo prazos para a administração. Existe uma nova compreensão do que é a ‘melhor compra’, com base jurídica para se optar por ela”.

⁹¹ Sobre a reconfiguração da proposta mais vantajosa, Freitas (2013, p. 884-885) destaca a necessidade de sua análise a partir de uma perspectiva de longo prazo: “Nesse contexto, afortunadamente, começa a se difundir a noção de que a sindicabilidade das decisões administrativas só cumpre o seu papel ao se estender no tempo e no espaço, para considerar múltiplos efeitos, numa permanente reavaliação, com reforço de monitoramento, no tocante aos impactos nos meios físico, biótico e socioeconômico das decisões administrativas, é que os critérios estratégicos, no processo de tomada da decisão administrativa, requerem maior distanciamento temporal e capacidade de prospecção de longo prazo, com o abandono da concepção reducionista, segundo a qual o sistema normativo, no caso das licitações, cuidaria apenas da obtenção do ‘preço míope’”.

desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância” (art. 4º, III)⁹².

Recentemente promulgada, a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Empresas Estatais), que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, é outro exemplo legislativo nesse sentido. A lei determina que as licitações e os contratos celebrados por esses entes **“destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”** (art. 31, *caput*). Para isso, as contratações devem buscar maior vantagem competitiva para a empresa estatal licitante, **“considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”** (art. 32, II).

2) A segunda frente de reação diz respeito à **flexibilização do menor preço como regra geral para a escolha da melhor proposta**. Por ela, a legislação incorpora, de forma menos dificultosa e excepcional, o fator técnico como critério de julgamento para a escolha da melhor proposta, conferindo ao gestor público contratante maior flexibilidade e segurança para afastar o julgamento exclusivamente econômico.

Conforme visto, a Lei nº 8.666/1993 colocou o menor preço como regra geral para a escolha da melhor proposta, restringindo a possibilidade de inclusão da técnica como fator de julgamento. Diplomas posteriores, contudo, optaram por flexibilizar os parâmetros para o julgamento a partir da melhor técnica (isoladamente ou combinada com o fator econômico). Com isso, ainda que prevejam alguns parâmetros para a aplicação dos fatores de julgamento, essas leis não apenas alargaram

⁹² Lei nº 12.462/2011: “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;”.

os critérios técnicos para balizar a seleção da melhor proposta, mas também conferiram maior liberdade para o gestor definir aqueles mais adequados, conforme o caso.

Esse é o caso da Lei das Concessões. Em sua redação original, a lei trazia apenas três critérios de julgamento, sendo os três econômicos: menor tarifa a ser cobrada dos usuários do serviço público, maior oferta a ser paga pela outorga da concessão, ou combinação desses dois critérios (art. 15, incisos I a III).⁹³ Contudo, no ano de 1998, a Lei nº 9.648 incluiu fatores técnicos de julgamento, que inclusive poderiam ser utilizados de forma isolada (art. 15, incisos IV a VII). Literalmente:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - **melhor proposta técnica**, com preço fixado no edital;
- V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de **melhor técnica**;
- VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de **melhor técnica**; ou
- VII - melhor oferta de pagamento pela outorga **após qualificação de propostas técnicas**.

Veja-se que a Lei não impôs parâmetros legais para a escolha entre um ou outro critério, isto é, não escolheu um deles como regra geral e nem estabeleceu hipóteses de utilização de cada um. Isso, é claro, não significa que essa decisão não deva ser fundamentada, mas sim que o administrador detém maior autonomia (bem maior, aliás, do que a

⁹³ Conforme redação original do art. 15, Lei nº 8.987/1995: "Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão; III - a combinação dos critérios referidos nos incisos I e II deste artigo".

decorrente dos parâmetros previstos pela Lei nº 8.666/1993) para fazê-la (de forma amplamente justificada), conforme as peculiaridades do caso.

A Lei das PPPs seguiu no rumo da Lei das Concessões, apenas acrescentando um critério peculiar ao modelo de parceria público-privada (a menor contraprestação pública), mas ainda assim combinando-o com o fator de melhor técnica. Nesse sentido:

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: (...)

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos **incisos I e V do art. 15** da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

- a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de **melhor técnica**, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

Por sua vez, a Lei do RDC também previu fatores técnicos, isoladamente ou em conjunto com o fator econômico:

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

- I - menor preço ou maior desconto;
- II - técnica e preço;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - maior oferta de preço; ou
- V - maior retorno econômico.

Tal como a Lei das Concessões e a Lei das PPPs (e diferentemente do que fez a Lei nº 8.666/1993), a Lei do RDC não impôs regra geral de julgamento.⁹⁴ De fato, essa lei trouxe parâmetros a serem observados

⁹⁴ Aliás, em sua redação original, a Lei do RDC havia imposto, como critério de julgamento único e mandatório, a combinação entre técnica e preço para uma de suas principais inovações: a contratação integrada, conforme art. 12, § 2º, III. Esse dispositivo, contudo, foi revogado pela Lei nº 12.980/2014, passando a se aplicar à contratação integrada os mesmos critérios e parâmetros gerais trazidos pela lei.

para a definição dos critérios econômicos, técnicos ou mistos – sem, contudo, preestabelecer um desses critérios como regra geral para as contratações no regime diferenciado.⁹⁵ Note-se, portanto, que o grau de autonomia conferida pela Lei do RDC ao gestor público é maior do que aquela conferida pela Lei nº 8.666/1993. Uma vez que essa determina um critério como a regra geral, o gestor assume pesado ônus de justificativa para não aplicar a regra geral. Já a Lei do RDC indica apenas diretrizes para a aplicação de um ou outro critério, conferindo ao gestor maior discricionariedade para definir se o caso enquadra-se em um ou outro critério.

A Lei das Empresas Estatais avançou no mesmo sentido da Lei do RDC, prevendo os diversos fatores que podem ser considerados como critério de julgamento na licitação, sem estabelecer uma regra geral ou mesmo parâmetros para a seleção de um e outro critério.⁹⁶

A partir desses diplomas, verifica-se a tendência de abertura da contratação pública para fatores técnicos que não econômicos – ou, em outra perspectiva, a maior autonomia de fato para que o gestor público escolha o critério de seleção a ser aplicado para cada contratação. É certo que a possibilidade de critérios técnicos não está absolutamente vedada pela Lei nº 8.666/1993. No entanto, a redação adotada por

⁹⁵ Os parâmetros para a seleção entre critérios econômicos, técnicos ou mistos foram estabelecidos nos art. 19 a 21. De forma bastante resumida: (i) os critérios econômicos (menor preço ou maior desconto) devem ser adotados para os casos em que, em termos técnicos, é suficiente o estabelecimento de parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório para assegurar a adequação do objeto (art. 19); (ii) os critérios mistos (combinação de técnica e preço) devem ser utilizados “quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, conforme os objetos elencados no dispositivo” (art. 20, § 1º); por fim, (iii) os critérios técnicos (melhor técnica ou melhor conteúdo artístico) poderão ser utilizados nos casos de “contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia” (art. 21, parágrafo único).

⁹⁶ Lei nº 13.303/2016: “Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor combinação de técnica e preço; IV - melhor técnica; V - melhor conteúdo artístico; VI - maior oferta de preço; VII - maior retorno econômico; VIII - melhor destinação de bens alienados”.

essa lei, motivada pelo seu contexto de promulgação, e a prática de sua aplicação desde então ensejaram a prevalência quase absoluta do menor preço, sendo a regra geral difícil de ser excepcionada na prática.

Em um movimento contrário ao da Lei nº 8.666/1993, leis posteriores vêm tornando mais flexível a possibilidade de adoção de critérios técnicos no julgamento, com a **reconfiguração da melhor proposta não mais a partir da regra geral do menor preço, mas, sim, por meio de critérios diversos, a serem escolhidos caso a caso pelo ente contratante.**⁹⁷

Ressalto que a Lei do Pregão foge dessa tendência de reconfiguração da melhor proposta, uma vez que ela reforça ainda mais a lógica do menor preço. De fato, essa Lei estabeleceu, para a modalidade de contratação por ela regulada – o pregão –, não apenas uma relação direta entre melhor proposta e menor preço, mas também uma relação sem exceção: para as compras de bens e serviços comuns realizadas por meio do pregão, a melhor proposta é, necessariamente, aquela que apresentar o menor preço. A Lei do Pregão caracteriza outro movimento, de maior simplificação e eficiência das contratações públicas, com intensificação da competição, conforme será tratado no item 3.4. Contudo, ela não é suficiente para negar o movimento de maior abertura a critérios técnicos de julgamento, com a reconfiguração da melhor proposta para além de fatores econômicos.

3) Por fim, uma terceira frente de reação, relacionada à anterior, diz respeito não apenas à disponibilização do fator técnico de forma mais acessível para o gestor público, mas também a sua diversificação.

⁹⁷ Rosilho (2013, p. 211-212) analisa esses movimentos posteriores à Lei nº 8.666/1993 pelo viés da discricionariedade do gestor público: “Em resposta à configuração atual do regime jurídico das contratações públicas em geral, surgiram no regime jurídico das contratações públicas específicas novas soluções normativas desenhadas para permitir que a Administração Pública suprisse suas necessidades da melhor maneira possível – nem sempre contratando a proposta mais barata, mas a que fosse mais compatível com suas demandas. Em outras palavras: chegou-se à conclusão de que dar ao administrador certo grau de liberdade para escolher o proponente poderia, em certos casos, melhor atender ao interesse público”.

Nesse sentido, cite-se a Lei das PPPs, que paralelamente à diretriz de eficiência dos projetos de PPPs (art. 4º, I), dispõe que esses contratos deverão buscar **“sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto”** (art. 4º, VII). Trata-se, assim, da perseguição do equilíbrio entre os custos do projeto (tanto para o órgão público contratante, como para o parceiro privado) e os benefícios a serem possivelmente gerados por ele (tomados de forma ampla, abarcando vantagens socioeconômicas para a sociedade).

Outro exemplo dessa diversificação é a Lei do RDC, que expressa que a contratação deverá visar à **“melhor vantagem para a administração pública”,** a qual, por sua vez, será dimensionada a partir da consideração de **“custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”** (art. 4º, III). Logo, a melhor proposta será aquela que apresentar a melhor relação entre seu custo econômico, de um lado, e, de outro, seus benefícios sociais, econômicos e ambientais a serem gerados pela contratação – ou mesmo outros fatores de igual relevância.

Essa mesma redação foi adotada pelo dispositivo acima mencionado da Lei das Empresas Estatais, ao definir o que pode ser compreendido na delimitação da melhor vantagem para o contratante (art. 32, II).

A consideração de critérios diversos para a delimitação do objeto a ser contratado – e para a escolha da melhor proposta – também ganhou fôlego com a Lei nº 12.349/2010, que alterou a Lei nº 8.666/1993 e incluiu um novo fim a ser perseguido pela contratação pública: o desenvolvimento nacional **sustentável**. O critério de sustentabilidade, conforme regulado pelo Decreto nº 7.746/2012, deve incluir as seguintes características do objeto (art. 4º): *(i)* menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; *(ii)* preferência por materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; *(iii)* maior

eficiência na utilização de recursos naturais, como água e energia; (iv) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; (v) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; (vi) uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e (vii) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. O diploma federal considera os custos relacionados diretamente com o ciclo de vida total do objeto (eficiência na utilização e manutenção, por exemplo), bem como impactos (positivos e negativos) indiretos causados à sociedade, tais como a geração de empregos e a preferência pelo uso de mão de obra local.

Veja-se que a consideração de critérios técnicos variados não necessariamente se confunde com o movimento de função derivada, mas há entre eles uma linha tênue. Aqui, trata-se apenas de uma diversificação dos fatores de escolha de um objeto. Mas, a partir dessa possibilidade, torna-se mais simples a inclusão de outro fim governamental nos termos de escolha – estando presentes as condições para o surgimento da função derivada.

Os exemplos da compra de lâmpada fluorescente (em vez de lâmpada incandescente) e de papel reciclado (no lugar de papel não-reciclado) podem auxiliar a demonstrar essa diferença.

Na compra da lâmpada fluorescente, a abordagem da precificação da contratação a partir de todo o ciclo de vida do produto considera eventuais economias ou despesas adicionais à opção cotejada (no caso, lâmpada incandescente), o que é possível ser feito em termos monetários. Calculam-se os custos de produção, operação e descarte do produto, considerando seu tempo de vida útil (custo de reposição), comparando-se as alternativas técnicas existentes (no caso, lâmpada fluorescente *versus* lâmpada incandescente). Assim, o custo monetário total da lâmpada fluorescente pode ser menor do que o custo monetário total da lâmpada incandescente, na medida em que o custo de produção mais elevado daquela é diluído pelos custos menores de

operação (menor consumo de energia), descarte e reposição (em razão do período de vida mais longo).⁹⁸ Há, aqui, ponderação mais complexa sobre custos essencialmente monetários.

Perceba-se, contudo, que a argumentação relacionada com a aquisição de papel reciclado é um pouco diferente. Em comparação com o papel comum, a produção de papel reciclado tende a ter maior custo, com o “preço de etiqueta”, em geral, mais caro. No entanto, a aquisição de papel reciclado gera menor consumo de matéria-prima para sua produção e, em razão disso, maior preservação de recursos ambientais. Essa externalidade positiva – preservação dos recursos ambientais – passa a ser incluída no dimensionamento do custo do produto, ensejando diminuição de seu custo final em razão da economia de recursos naturais. Mas é difícil traduzir essa externalidade positiva em custo monetário direto. Em outras palavras, não há economia financeira diretamente mensurável que compensaria o maior custo de produção – como ocorre no exemplo da lâmpada fluorescente. O maior custo de produção inicial seria (total ou parcialmente) compensado por causa do menor consumo de recursos naturais e, indiretamente, pela preservação do meio ambiente – valor que, embora não possa ser expresso em termos monetários, é igualmente protegido pela ordem jurídica nacional.

Assim, para além da maior diversificação de critérios técnicos qualitativos, bem como da consideração de custos e benefícios incorridos ao longo do ciclo de vida de um produto, passa-se também a ponderar a consideração de eventuais custos e benefícios socioeconômicos que serão obtidos pela aquisição daquele objeto – **incluindo na própria**

⁹⁸ Ressalto que, aqui, faço uma simplificação da análise econômica, para fins de melhor esclarecimento das diferenças das situações que busco comparar. A análise econômica dos custos de contratação certamente apreende diversos outros elementos que não foram aqui considerados. De qualquer forma, acredito que a simplificação realizada não distorce o ponto que se pretende esclarecer.

ponderação de eficiência da contratação valores relacionados à justiça distributiva.⁹⁹

Com essa complexificação de fatores a serem considerados para a configuração da melhor proposta, as compras públicas passam a ser vistas como instrumento de ação governamental, o qual pode ser utilizado para o alcance de fins derivados, não originalmente vinculados ao fim primário da contratação. Pode-se captar essa nova perspectiva da contratação pública neste trecho da proposta de Fiuza e Medeiros (2013) de alteração da Lei nº 8.666/1993:

Por isso, defendemos que eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro devem fazer parte da lista de princípios da nova Lei de Licitações. A reforma que ora propomos tem os seguintes objetivos: (...)
2) Incrementar o poder de comprador do Estado a favor do cidadão, ampliando o leque de critérios que o administrador pode levar em conta na seleção do fornecedor para cumprir com objetivos sociais amplos e permitindo-lhe combinar os critérios da maneira mais eficiente possível. Esses critérios podem incluir, mas não necessariamente se limitam a: a. Menor custo total de propriedade para o Estado; b. Desenvolvimento produtivo local, regional ou nacional; c. Sustentabilidade ambiental; d. Promoção de valores culturais e éticos e resguardo do comércio justo; e. Concorrência leal e sem barreiras artificiais à entrada; f. Prevenção de abuso de posição dominante por fornecedores; g. Tempestividade e confiabilidade da execução do serviço ou entrega do bem; h. Ressocialização de detentos; i. Segurança nacional; j. Favorecimento a instituições de promoção humana e de deficientes físicos. (FIUZA; MEDEIROS, 2013, p. 5)

O redimensionamento dos custos e benefícios da contratação (contrapondo-se preço de etiqueta ao custo total) caminha em paralelo

⁹⁹ Seria, como apontam Frossard e Câmara (2010, p. 6), a incorporação, ao valor econômico da contratação, dos valores da ação governamental: "Para alcançar seus objetivos todos os Estados compram, ou seja, adquirem bens e serviços no mercado interno ou externo. Esses objetivos são os mais diversos possíveis, o que pode proporcionar a possibilidade das compras públicas exercerem várias funções e levarem a vários resultados".

com a obtenção de objetos (bens, serviços e obras) qualitativamente melhores, capazes de agregar mais benefícios, ainda que com preço absoluto maior. Há, de fato, uma complexificação sobre a delimitação de “custo da contratação”, a partir da concepção mais completa do equilíbrio entre benefícios (qualidade) e dispêndios que decorrem da contratação. Mas é importante observar que há uma diferença, ainda que por vezes sutil, entre essa abordagem e a do custo de vida do produto.

O afastamento do fator de menor preço como regra de escolha da melhor proposta, em conjunto com a maior abertura à inclusão de custos e benefícios indiretos do objeto – tanto os mais diretamente relacionados ao ciclo de vida do objeto, como as externalidades indiretas causadas à sociedade – propiciam condições para o surgimento da função derivada. O objetivo adicional da contratação, que passa a ser previsto ao lado de sua função primária, é incluído para que a contratação alcance outras “vantagens socioeconômicas”, aumentando as externalidades positivas geradas (e perseguidas) pela contratação. Uma vez que a definição de vantajosidade da contratação pode considerar fatores diversos, não diretamente relacionados ao processo produtivo do objeto da contratação, torna-se viável que a contratação também persiga novos fins, adicionais e não necessariamente relacionados com seu objeto primário e original.

As próprias alterações legislativas acima mencionadas dão base para interpretação ampliativa da vantajosidade da contratação, que considere as práticas adotadas pelo contratado ou, ainda, as características do próprio contratado. Reitere-se o exemplo da Lei do RDC, a qual determina que a avaliação da melhor proposta leve em conta fatores “**de natureza econômica, social ou ambiental**” (art. 4º, III). Ou o Decreto nº 7.746/2012 (art. 4º), que previu fatores não diretamente relacionados ao ciclo de vida do objeto, incluindo a geração de externalidades diversas.

Contudo, a ponderação quanto à definição do equilíbrio entre custos econômicos e vantagens socioeconômicas torna-se desafio expressivo,

tendo em vista o alargamento das externalidades que podem, em princípio, ser consideradas.

3.4 As recentes reformas para simplificar as contratações públicas

Em paralelo com a redefinição da melhor proposta, verifica-se o **movimento de simplificação do procedimento de contratação pública**, com vistas a lhe conferir maior agilidade, eficiência e competição do que no regime instaurado pela Lei nº 8.666/1993. A Lei do Pregão é o diploma que melhor representa esse movimento, mas há outras inovações legislativas que avançam nesse sentido.

Retome-se, aqui, o cenário de promulgação da Lei nº 8.666/1993, conforme visto no item anterior, que ensejou a edição de diploma normativo bastante detalhado, com o propósito específico de restringir a discricionariedade do gestor. Essa lei abriu pouco espaço para adaptações e inovações, dificultando tanto acomodações necessárias ao longo do tempo, como ajustes conforme a esfera contratante ou o objeto a ser contratado. Por conter normas gerais,¹⁰⁰ a maior parte dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 são aplicáveis a todos os entes federativos – e, portanto, às contratações realizadas por entes que vivenciam realidades extremamente díspares. Além disso, verifica-se cada vez mais a complexificação das funções incumbidas ao Estado e, por conseguinte, dos objetos que contrata como meio para cumprir tais funções (desde a compra de clipes até a aquisição de fornecimento de satélite). Contudo, com uma lei geral de contratações públicas que

¹⁰⁰ A Lei nº 8.666/1993 foi editada com fundamento na competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação” (art. 22, XXVII, CF). Nesse sentido, ainda, a lei delimita como seu campo de abrangência “o âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1º, *caput*). Assim, ainda que se possa discutir sobre o alcance efetivo de cada dispositivo da Lei nº 8.666/1993 para os entes federativos (a depender do entendimento sobre o que seriam “normas gerais”), é possível afirmar que a Lei nº 8.666/1993 é aplicável, em regra, para as licitações e os contratos de todos os entes federativos.

é extremamente detalhista, inviabilizam-se adaptações necessárias às diferentes situações concretas.

A dificuldade em adequar o procedimento de contratação, conforme o ambiente em que se desenvolverá e o seu objeto, enseja ineficiências ao processo, uma vez que traz etapas e requisitos desnecessários ou inadequados para o objeto em específico. Dificulta-se a contratação em si e a obtenção de bons resultados. Além da ineficiência, essa possível desconexão entre procedimentos previstos pela Lei e necessidades reais da contratação pode afastar interessados (e, pois, reduzir a competição), justamente diante da complexidade do procedimento ou de exigências que seriam, de fato, desnecessárias para a contratação em pauta.

As críticas ao regime previsto pela Lei nº 8.666/1993 são intensificadas com a percepção de que o engessamento causado por todos os formalismos trazidos pela lei, por sua vez, não é capaz de evitar corrupção e ainda gera inúmeras ineficiências.¹⁰¹ Essas dificuldades, enfrentadas na aplicação da lei, geraram **reações de fuga a esse diploma**, seja por meio de exceções ao dever de licitar, seja por meio da criação de regimes especiais de contratação pública, diversos daqueles previstos na lei geral.

Nesse contexto, algumas reações legislativas buscaram desburocratizar e tornar mais eficientes as compras públicas, retirar obstáculos de acesso a esse mercado, e facilitar e aumentar a participação de interessados, com a consequente criação de uma competição mais incisiva. Além

¹⁰¹ Conforme aponta Monteiro (2010, p. 24): “Em razão de tais fatores, a história das licitações nos últimos anos tem retratado uma verdadeira fuga da Lei 8.666, que passou a ser vista como um dos pontos de maior inoperância na Administração Pública. Licitar passou a ser considerado pelos gestores da coisa pública sinônimo de administração ineficiente, na medida em que os processos tendem a se estender no tempo e, muitas vezes, culminam na celebração de contratos com valores acima de mercado”. As desvantagens geradas pelo detalhismo exacerbado da Lei nº 8.666/1993 são bem captadas por Fiuza e Medeiros (2013, p. 4): “A busca por uma maior eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro foi completamente negligenciada pela legislação anterior, presa tão somente ao formalismo e ao cumprimento de ritos que, no mais das vezes, não guardam qualquer correlação com a eficiência do processo produtivo de um órgão público, muito menos com o bem-estar do cidadão e são unanimemente criticados por gestores de compras”.

disso, procurou-se melhor moldar os procedimentos, tornando-os mais compatíveis com os diferentes tipos e objetos de contratação. Com isso, objetivou-se menor dispêndio de recursos públicos (monetários, temporais e de recursos humanos) no alcance de determinado resultado. Inovações legislativas criaram sistemas específicos de contratações (como leis setoriais, que preveem regras específicas de contratação no setor, ou para determinadas entidades, como empresas estatais), inversão de fases da licitação (com a possibilidade de conferência dos documentos da habilitação apenas do primeiro classificado), sistema recursal único (com economia de recursos e tempo), procedimentos eletrônicos permanentes (desburocratizando a apresentação da documentação) e leilões de preço (permitindo o “mergulho” do menor preço).

A Lei do Pregão congrega a maior parte dessas inovações, tendo como pilar a simplificação dos procedimentos e o menor dispêndio de recursos públicos nas contratações públicas.¹⁰² Em relação ao primeiro objetivo, entende-se que a simplificação de procedimentos (como o uso de tecnologias de informação,¹⁰³ a inversão de fases de habilitação

¹⁰² Monteiro (2010, p. 13) identifica como principais características do pregão a inversão de fases (com a habilitação ao final do procedimento) e disputa com lances orais – características que ensejariam a maior celeridade e o aumento da competição e disputa. De acordo com ela, “A consequência de um rito com tais características é a celeridade no processo de contratação e a possibilidade de celebração de um melhor negócio para o Poder Público. O procedimento do pregão é rápido, em comparação com as tradicionais modalidades licitatórias existentes na Lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/1993). O pregão amplia a participação de fornecedores na disputa e desburocratiza os meios de aquisição, porque seu procedimento é simplificado em relação aos demais previstos na legislação”.

¹⁰³ Lei nº 10.520/2002: “Art. 2º, § 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”.

e julgamento,¹⁰⁴ ou ainda a fase recursal única)¹⁰⁵ aumenta o acesso às contratações públicas (e, com isso, propicia maior competição e probabilidade de obtenção de ofertas mais vantajosas) e diminui o dispêndio de recursos públicos com o procedimento em si. O segundo objetivo, o menor dispêndio de recursos públicos, será obtido seja com maior competição e redução dos gastos trazidos com a simplificação dos procedimentos, seja com o leilão em si, com lances de ofertas que possibilitam a real competição e o “mergulho” do menor preço.

Dessa forma, o pregão, como nova modalidade de contratação pública generalizada para os entes federativos trazida pela Lei do Pregão, focou a maior economia de recursos e simplificação de procedimentos¹⁰⁶ –

¹⁰⁴ Lei nº 10.520/2002: “Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”.

¹⁰⁵ Lei nº 10.520/2002: “Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos”.

¹⁰⁶ Palma (2015, p. 104), comparando os diferentes valores que prevaleceram na Lei nº 8.666/1993 e na Lei do Pregão, conclui que, “[n]a relação igualdade versus competitividade, a balança pedia mais para a igualdade na Lei Geral de Licitações, e mais para a competitividade na Lei do Pregão”.

em contraposição aos objetivos de reformas anteriormente tentadas de maior descentralização e menor detalhamento da legislação.¹⁰⁷

A Lei das Concessões (especialmente a partir de alterações posteriores à sua promulgação) e a Lei das PPPs também visaram a simplificar e flexibilizar o procedimento de contratação. Entre as inovações de procedimentos, a Lei das Concessões possibilitou a contratação apenas com a elaboração dos elementos do projeto básico do objeto¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ - e a inversão de fases,¹¹⁰ enquanto a Lei das PPPs autorizou a contratação

¹⁰⁷ Analisando os diferentes movimentos de reformas das contratações públicas, Fernandes (2010, p. 179) assim conclui em relação ao pregão: "A formulação do problema abandonou a ênfase na reestruturação do arcabouço jurídico-legal das compras para focalizar o redesenho dos procedimentos de compra e contratação, visando a obtenção de resultados imediatos de redução de custos e de agilização e simplificação das licitações. A nova formulação se distinguia da que havia orientado a reforma gerencial do primeiro governo Cardoso (1995-1998), voltada para a flexibilização e descentralização da legislação e das normas, que deveria compor um amplo redesenho institucional e organizacional da administração pública".

¹⁰⁸ Lei nº 8.987/1995: "Art. 18. O edital de licitação (...) conterà, especialmente: XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)".

¹⁰⁹ Destaco que a autorização da transferência do projeto básico para o particular tem por principal justificativa a transferência da própria gestão do empreendimento. Ainda assim, essa previsão tende a trazer como consequência a simplificação procedimental.

¹¹⁰ Lei nº 8.987/1995: "Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)".

com estudos de nível de anteprojeto¹¹¹, o leilão em viva voz¹¹² e a inversão de fases.¹¹³

Também a Lei do RDC trouxe diversas novidades legislativas para simplificar procedimentos e ampliar a eficiência das contratações. Aliás, a Lei identificou como seus objetivos “**ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes**” (art. 1º, § 1º, I). Entre as novidades, a lei previu um novo regime, o da contratação integrada, no qual os projetos básico e executivo são preparados pelo contratado – dispensando-se, pois, sua existência prévia como requisito para a contratação (art. 8º, V, combinado com art. 9º);¹¹⁴ a

¹¹¹Lei nº 11.079/2004: “Art. 10, § 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”.

¹¹²Lei nº 11.079/2004: “Art. 12, III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se: a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz”.

¹¹³Lei nº 11.079/2004: “Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas”.

¹¹⁴Lei nº 12.462/2011: “Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: V - contratação integrada. Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014) I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014) § 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

“inversão de fases” como regra do procedimento do RDC (art. 12);¹¹⁵ o uso de tecnologias e procedimentos eletrônicos (art. 13),¹¹⁶ bem como de procedimentos auxiliares (art. 29),¹¹⁷ para facilitar e simplificar o procedimento de contratação; a possibilidade de apresentação de lances pelas proponentes, como forma de intensificar a disputa pela contratação (art. 17, I)¹¹⁸; e a previsão de uma fase recursal única, trazendo maior agilidade para o processo de contratação (art. 27).¹¹⁹

E quais implicações essas reformas ensejaram para o sistema de contratações públicas, em cotejo com o movimento de função derivada?

Pode-se dizer que o **sistema de contratações públicas brasileiro, compreendendo suas diversas leis gerais, vem passando por uma espécie de “crise de identidade”**. De um lado, vemos a complexificação e redefinição do que deve ser considerado como melhor proposta, conforme demonstrado no item 3.3. De outro, temos a busca por maior simplificação, competição e eficiência da contratação pública.

¹¹⁵ Lei nº 12.462/2011: “Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento”.

¹¹⁶ Lei nº 12.462/2011: “Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial. Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico”.

¹¹⁷ Lei nº 12.462/2011: “Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III - sistema de registro de preços; e IV - catálogo eletrônico de padronização”.

¹¹⁸ Lei nº 12.462/2011: “Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte: I - no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado”.

¹¹⁹ Lei nº 12.462/2011: “Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor. Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor”.

Nesse contexto, há ainda a função derivada, que não se confunde com o primeiro movimento, mas com ele converge; e que não converge com o segundo – e até mesmo dele diverge. Isso porque a função derivada tende a complexificar o procedimento de contratação (determinando, inclusive, o que e de quem contratar), torná-la mais cara (ainda que não necessariamente menos eficiente) e, eventualmente, causar diminuição do universo de competidores efetivos (seja com a restrição direta à participação, seja com a concessão de privilégios que dificultam a competição por aqueles que não são beneficiados). Como conciliar as reformas de maior simplificação e eficiência do sistema de contratações públicas com o movimento de função derivada?

No caso do pregão, vimos que a lei objetivou diminuir os obstáculos do acesso ao mercado das compras públicas, simplificando procedimentos e tornando-os mais eficientes e simples. Além disso, a inclusão de lances força a redução de preços, intensificando a competição. É importante ponderar, portanto, como a busca do acesso mais amplo ao mercado de compras públicas e a intensificação da competição dialogam (ou confrontam) com a previsão de exigências e preferências específicas, que são as técnicas da implementação da função derivada.

3.5 A (revogada) preferência constitucional à empresa de capital nacional

Em sua redação original, o art. 171, da Constituição Federal (posteriormente revogado pela Emenda Constitucional nº 06/95), após definir “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, previa a possibilidade de criação de incentivos e benefícios para a empresa brasileira de capital nacional.

Entre tais benefícios, é interessante e salutar a previsão do art. 171, § 2º, que expressamente mencionava a concessão de preferência para essas empresas nas **aquisições de bens e serviços pelo poder público**. De acordo com o dispositivo:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - **Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.**

O artigo determinava, de forma indireta, um fim programático a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade no âmbito da ordem econômica: a especial proteção da indústria nacional. Fê-lo indiretamente, na medida em que inicia com duas definições distintas relacionadas às empresas brasileiras (as empresas constituídas no país, e as empresas com capital e controle nacionais), e prossegue autorizando que o Estado adote medidas protetivas em relação às empresas que estejam enquadradas nessas definições.

O dispositivo constitucional elencava instrumentos aptos para viabilizar essa política da ordem econômica nacional: proteção, preferências ou restrições, a depender do setor produtivo.

Entre tais instrumentos, surgem as contratações públicas: por meio da concessão de preferências às empresas brasileiras de capital nacional, o Estado poderia utilizar seu poder de compra para conferir um tratamento preferencial à indústria nacional e, com isso, fomentar seu desenvolvimento, garantindo um mercado consumidor para esse setor.

Interessante notar que o art. 171 está posto logo após o dispositivo inicial do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, que expressa que a ordem econômica será moldada com vistas ao alcance da justiça social. Conforme determina o art. 170,¹²⁰ livre concorrência e competição deveriam perseguir objetivos sociais, tais como defesa do consumidor, proteção do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e pleno emprego. Nesse quadrante de modulação da ordem econômica, o art. 171 determinava incentivos às empresas nacionais, e previa as compras públicas como um dos instrumentos a serem utilizados para operacionalizar esses incentivos, por meio da facilitação do acesso às contratações públicas para as empresas nacionais.

¹²⁰ Constituição Federal: “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”.

Tal nível de detalhamento adotado pelo constituinte¹²¹ faz indagar o contexto de elaboração desse dispositivo. Por que as compras públicas (por meio de seu acesso preferencial) foram escolhidas como um dos instrumentos para viabilizar uma política de proteção à indústria nacional? Quais os fundamentos utilizados para a escolha do poder de compra estatal para implementar esse objetivo? E por que essa previsão constitucional foi posteriormente revogada? O estudo do histórico desse dispositivo mostra-se particularmente relevante não apenas porque se tratava do único nesse sentido no texto constitucional, mas também em razão de sua posterior revogação, em movimento contrário à legislação infraconstitucional – que passou a utilizar cada vez mais o poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas.

Para melhor compreender o contexto e a preocupação que permeou a inserção desse dispositivo no texto constitucional,¹²² analisei os debates da constituinte a ele relacionados.¹²³

O estudo dos debates constitucionais foi realizado a partir do material da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), disponível no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados. Conforme explicação do histórico do processo constante no site, os trabalhos da ANC foram divididos

¹²¹ Ressalte-se que a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/1969 não continham qualquer previsão quanto à possibilidade de as compras estatais serem utilizadas para viabilizar uma política de proteção à indústria nacional, ou mesmo outras políticas públicas. Havia, apenas, restrições ao exercício de determinadas atividades por estrangeiros (e, por seguinte, à outorga de concessões ou autorizações estatais). Essas restrições, contudo, estavam mais relacionadas a uma preocupação de soberania nacional – embora também embutissem, é claro, um objetivo de estímulo por meio da restrição de acesso. Ver, nesse sentido, a vedação do aproveitamento de jazidas e recursos minerais, ou exploração de empresas jornalísticas, por estrangeiros, conforme Constituição Federal de 1967, art. 161, § 1º e art. 166, e Constituição Federal de 1967 após EC nº 1/1969, art. 168, § 1º. De todo modo, essas restrições não equivalem ao objeto de estudo deste trabalho.

¹²² Não busco, com isso, identificar a “concepção original da regra” para, a partir daí, determinar sua interpretação, mas sim compreender as preocupações existentes à época de sua colocação.

¹²³ A opção pela análise do histórico do processo constituinte tem por influência a tese de doutorado de André Janjácomo Rosilho (2016). Ressalto, contudo, que a metodologia foi integralmente adaptada para os objetivos deste trabalho, tendo em vista que o citado trabalho tem objeto e tema bastante distintos dos aqui perseguidos.

em comissões temáticas (que corresponderiam aos “Títulos” da nova Constituição), cada uma dividida em subcomissões,¹²⁴ e mais uma Comissão de Sistematização. Cada subcomissão propunha uma série de dispositivos constitucionais relacionados ao seu subtema, que eram votados na comissão temática. Após o processo de votação interna, cada comissão enviava seus dispositivos à Comissão de Sistematização, responsável pela compilação e preparação do anteprojeto de Constituição, a ser posto para votação em plenário, em dois turnos.

Tendo em vista o objetivo de investigar o histórico das proposições relacionadas ao art. 171 e, sobretudo, seu parágrafo 2º, concentrei-me no material da ANC relacionado à **Comissão da Ordem Econômica** e, mais especificamente, à **Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica**. Para isso, analisei todo o material disponível dessa subcomissão¹²⁵ e, posteriormente, partes do material da Comissão de Sistematização e do

¹²⁴As comissões temáticas e suas subcomissões eram as seguintes: I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher: I-a) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; I-b) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; I-c) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; II) Comissão da Organização do Estado: II-a) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; II-b) Subcomissão dos Estados; II-c) Subcomissão dos Municípios e Regiões; III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo: III-a) Subcomissão do Poder Legislativo; III-b) Subcomissão do Poder Executivo; III-c) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições: IV-a) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; IV-b) Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; IV-c) Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças: V-a) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas; V-b) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; V-c) Subcomissão do Sistema Financeiro; VI) Comissão da Ordem Econômica: VI-a) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; VI-b) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; VI-c) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; VII) Comissão da Ordem Social: VII-a) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; VII-b) Subcomissão da Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente; VII-c) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes: VIII-a) Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; VIII-b) Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; VIII-c) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso.

¹²⁵Com exceção das proposições de emendas em que, tendo em vista a quantidade de material disponível, busquei os trechos mais potencialmente relacionados com o meu objetivo a partir das expressões de busca “empresa”, “capital”, “compra” e “aquisição”.

material produzido e votado no Plenário, sempre focando as discussões relacionadas ao dispositivo específico.¹²⁶

Após esse estudo, posso concluir que o art. 171 insere-se na **busca do desenvolvimento da indústria nacional pelos constituintes**, a ser implementada por meio de sua **proteção diferenciada, com a concessão de preferências e benefícios adicionais**. Para alcançar esse objetivo, os constituintes indicaram alguns instrumentos, que iam desde a possibilidade de concessão de subsídios até a “reserva de mercado” para a indústria nacional.

Os debates e as alterações textuais que ocorreram ao longo da constituinte centraram-se principalmente: (i) no grau de exigências que seriam adotadas para a definição e caracterização da indústria nacional a que se visava a proteger (notadamente, se seria exigido capital e controle nacionais, ou apenas a constituição da empresa sob as leis brasileiras) – discussão que extrapola o tema deste trabalho; e (ii) no grau de detalhamento dos instrumentos de alcance desse objetivo (o desenvolvimento da indústria nacional) que seriam expressamente arrolados no texto constitucional – estando inserida nessa discussão a previsão ou não, no texto constitucional, de preferências nas contratações públicas. Dessa forma, apesar da relação intrínseca do § 2º do art. 171 com essas discussões mais amplas sobre a proteção à indústria nacional (que, de fato, constituem o fim imediato da previsão contida no § 2º) e o conceito a ser adotado para sua delimitação, foca-se aqui nas propostas relacionadas ao conteúdo do parágrafo 2º, isto é, **no uso das contratações públicas como instrumento para alcançar o desenvolvimento da indústria nacional**.

No texto inicial de trabalho da Subcomissão de Princípios Gerais, **Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica** (o Anteprojeto do Relator Constituinte Virgildásio de Senna), já constava a definição de “empresa nacional”, seguida da

¹²⁶ Todo material analisado está disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente. As referências das citações feitas aqui levam em consideração os nomes dos arquivos, conforme disponibilizados no site.

autorização para seu tratamento diferenciado no âmbito das compras públicas e para a concessão de incentivos, conforme disposto em lei. Literalmente:

Art. 6a04 - Empresa nacional, para todos os fins de direito, é aquela constituída e com sede no país, na forma da lei, cujo controle decisório e de capital pertença a brasileiros.

Art. 6ad5 - À empresa privada nacional será dispensado tratamento diferenciado no que concerne às compras governamentais e concessões de incentivos, na forma da lei.¹²⁷

No relatório de justificção do anteprojeto, o relator não fundamentava, especificamente, a inclusõ das compras públicas. Consignava, contudo, o fim imediato visado: o fortalecimento das empresas nacionais, inclusive por meio da uniformizaçõ das políticas de fomento à indústria nacional.¹²⁸

As emendas apresentadas na subcomissõ relacionadas a esse dispositivo tinham, em sua maioria, o objetivo de restringir a definiçõ de empresa nacional adotada no anteprojeto original. Nesse sentido, interessante citar a justificativa da proposta de emenda do Deputado Hélio Duque (PMDB):

¹²⁷ Assembleia Nacional Constituinte, VI – Comissão da Ordem Econômica, VI-a – Subcomissõ de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, Anteprojeto, Relatório, volume 165.

¹²⁸ De acordo com relator: “No intuito de fortalecer a empresa privada nacional, esta é conceituada, para todos os fins de direito, como aquela cuja efetivo controle administrativo e de capital pertença a brasileiros, tenha sede no país e nele tenha o centro de suas decisões. Desta forma, inova-se com relaçõ às cartas anteriores, permitindo que as políticas setoriais de apoio às empresas nacionais desenvolvidas pelos diversos órgãos de fomento do governo, tenham uniformidade de tratamento. Ao capital estrangeiro assegura-se a sua participaçõ no processo econômico nacional direcionando-o àquelas atividades que melhor consultem os interesses nacionais, remete-se à legislaçõ ordinária a tarefa de disciplinar os seus fluxos monetários e financeiros e sua destinaçõ econômica.” (Assembleia Nacional Constituinte, VI – Comissão da Ordem Econômica, VI-a – Subcomissõ de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, Anteprojeto, Relatório, volume 165, p. 4 do Relatório).

Nos países que já lograram uma capacitação científica e tecnológica, em todas as épocas de transformação da base técnica, da Revolução Industrial aos dias de hoje, o Estado assumiu um papel fundamental na constituição da capacitação científica e tecnológica nacional, atuando na pesquisa e desenvolvimento e na formação de recursos humanos por instituições públicas, fomentando a capacidade industrial e tecnológica nas empresas privadas e protegendo as empresas locais por sua política de compras e de comércio exterior.

Assim, não se trata aqui de xenofobia ou preconceito mas de reconhecimento de fatos e comportamentos econômicos, dotados de racionalidade específica, que o país tem o dever de utilizar em seu proveito.

É neste sentido que a reserva de mercado deve ser entendida. Trata-se de utilizar de forma soberana um dos principais recursos de que dispõe o país para fomentar o seu desenvolvimento e atingir objetivos nacionais (Assembleia Nacional Constituinte, VI – Comissão da Ordem Econômica, VI-a – Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, fase B – Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão, volume 166, p. 149, paginação referente ao arquivo pdf).¹²⁹

Duas emendas, contudo, caminharam no sentido de eliminar a previsão das preferências nas compras públicas às empresas nacionais, por razões diferentes.

A primeira foi a emenda do Deputado Gustavo de Faria (PMDB), que sugeria a exclusão da preferência às empresas nacionais nas compras públicas. O constituinte entendia que **não se tratava de uma norma programática (que explicitasse os fins a serem perseguidos), mas sim de meios, não devendo ser inserida na Constituição**. O deputado ressaltava, ainda, que as preferências nas contratações públicas já vinham sendo concedidas na prática, tendo em vista diversas leis e

¹²⁹De acordo com o Relatório ao Anteprojeto do Relator (p. 25, paginação referente ao arquivo pdf), a emenda não foi acolhida, pois a proposta (inclusão da palavra “soberania”) já estaria abarcada pela redação do anteprojeto (“interesse nacional”).

regulamentos. Para ele, portanto, a fundamentação é a inadequação do *locus*, não da norma em si.

A segunda emenda era de autoria do Deputado Antonio Ueno (PFL), que propôs diversas emendas para eliminar preferências às empresas ou aos produtos nacionais, sob o fundamento de que **tais preferências impediriam o desenvolvimento efetivo da tecnologia nacional e afastariam investimentos estrangeiros**. Entre as emendas propostas, o deputado sugeriu a inclusão de artigo no sentido de que a lei não deverá fazer diferenciações entre as empresas constituídas no país. E, concomitantemente, propôs a supressão da expressão “compras governamentais”, tendo em vista que **“essa diferenciação de tratamento trará na prática, não somente uma discriminação aleatória, com todas as incertezas desestimuladoras do investimento de capital estrangeiro, mas também sério recrudescimento de atividades burocráticas, para controle e fiscalização”** (volume 166, p. 359-360, paginação referente ao arquivo pdf).

Apesar da rejeição dessas emendas pelo relator, **o anteprojeto final aprovado pela subcomissão deixou de prever os dispositivos que expressamente mencionavam as preferências às empresas nacionais, inclusive as preferências nas compras públicas** (Anteprojeto, volume 171). O conteúdo do “Art. 6ad5” não permaneceu no texto final aprovado pela subcomissão e enviado à Comissão da Ordem Econômica. Não foi encontrada, no relatório final da subcomissão, nenhuma justificativa que abordasse essa exclusão.

Outra alteração interessante é que o texto final enviado pela subcomissão à Comissão da Ordem Econômica passou a definir como empresa nacional aquela constituída de acordo com a legislação brasileira (art. 3º do texto final), excluindo referências ao capital social da empresa. Ou seja, o texto final foi mais “flexível” em relação ao enquadramento das empresas como nacionais, deixando de prever eventuais medidas protetivas a essas empresas.

No âmbito da **Comissão da Ordem Econômica**, o dispositivo referente às preferências para empresas nacionais nas contratações públicas voltou a aparecer no primeiro substitutivo apresentado pela comissão, após a fase de emendas, com a seguinte redação:

Art. 3º - somente será considerada empresa nacional a pessoa jurídica constituída e com sede no país, cujo controle efetivo esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade, direta ou indireta, de pessoas físicas residentes e domiciliadas no país, ou por entidades de direito público interno.

§ 1º - A lei poderá reservar o mercado interno para empresas nacionais nos setores considerados estratégicos, essenciais à autonomia tecnológica ou de interesse para a segurança nacional.

§ 2º - **Na aquisição de bens e serviços, o poder público dará tratamento privilegiado à empresa nacional** (Assembleia Nacional Constituinte, VI – Comissão da Ordem Econômica, Substitutivo, volume 161).

Em relação à proposta originalmente apresentada no Anteprojeto do Relator Constituinte Virgildásio de Senna (ponto de partida da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica), podem-se observar duas diferenças. Primeira, o parágrafo 2º tratou, apenas e especificamente, das compras públicas, excluindo a referência conjunta de concessão de outros incentivos. Segunda, não havia mais expressa menção à regulamentação por lei posterior.

A disposição sobre preferência nas compras públicas permaneceu inalterada na proposta de substitutivo (volume 163), mas foi bastante modificada no anteprojeto da comissão (volume 164). Nessa versão, o artigo tratou sobre preferências às empresas nacionais na concessão de financiamentos públicos e nas compras públicas. Acrescentou-se, contudo, condição que, até então, não havia sido prevista: a preferência será concedida “**em igualdade de condições**”. Dizia o artigo:

Art. 3º - Será considerada empresa nacional a pessoa jurídica constituída e com sede no País, cujo controle de capital esteja, em caráter permanente, exclusivo e incondicional, sob a titularidade de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no País, ou por entidades de direito público interno.

§ 1º - As atividades das empresas nacionais, que a lei considerar estratégicas para a defesa nacional ou para o desenvolvimento tecnológico, poderão ter proteção transitória.

§ 2º - **As empresas de controle majoritário nacional terão preferência no acesso a créditos públicos subvencionados e, em igualdade de condições, no fornecimento de bens e serviços ao poder público.**

Essa redação final foi encaminhada pela Comissão da Ordem Econômica para a **Comissão de Sistematização** e permaneceu no primeiro Anteprojeto de Constituição apresentado por essa comissão (volume 219).

Ao longo dos trabalhos da Comissão de Sistematização, esse dispositivo sofreu diversas mudanças, com simplificação ou complexificação do texto e das matérias abarcadas.

No Primeiro Substitutivo (volume 235), a redação era bem direta e tratava apenas de **preferências nas compras públicas**: “Art. 307, § 3º - Na aquisição de bens e serviços o Poder Público dará tratamento preferencial à empresa nacional.”

No Segundo Substitutivo (volume 242), **foi excluída a previsão de uso de preferências nas contratações públicas**, expressando-se apenas que a concessão de preferências e vantagens não se enquadrava nas vedações de discriminação em função da origem do capital da empresa:

Art. 192, § 2º - A lei não criará discriminação ou restrição, obedecidas as diretrizes econômicas do Poder Executivo, entre empresas em razão da nacionalidade de origem de seu capital.

§ 3º - Não se compreendem na proibição do § 2º, a proteção, as vantagens, os incentivos fiscais, os créditos subsidiados e outros benefícios destinados a fortalecer o capital privado nacional e melhorar suas condições de competitividade, previstas em lei.

Por sua vez, o substitutivo aprovado após as emendas (volume 248) retomou a redação do primeiro substitutivo: “Art. 200, § 3º - Na aquisição de bens e serviços o Poder Público dará tratamento preferencial à empresa nacional”.

Essa última redação foi adotada no texto final encaminhado para **votação pelo Plenário**.

A partir das diferentes redações adotadas para o artigo em pauta ao longo das votações no Plenário, percebe-se que as discussões relacionadas ao tema estão majoritariamente centradas na **definição de empresa nacional**, com maior ou menor restrição ao capital estrangeiro. É a parte inicial desse artigo – a que traz a definição de empresa brasileira e, a depender do projeto, de empresa de capital brasileiro e empresa estrangeira – que se altera ao longo dos projetos.

Já o dispositivo relacionado à preferência nas contratações públicas foi pouco alterado. No primeiro turno de votação do “Projeto A” (volume 253), a redação permaneceu tal como havia sido concluída pela Comissão de Sistematização: “Art. 200, § 3º - Na aquisição de bens e serviços o Poder Público dará tratamento preferencial à empresa nacional”.

No segundo turno ainda do “Projeto A” (volume 298), a redação foi alterada – e assim permaneceu nas votações seguintes¹³⁰ (“Projeto B” – volumes 299 e 300, “Projeto C” – volume 314 e “Projeto D” – volume

¹³⁰ Houve apenas alteração na numeração do artigo: até o “Projeto B”, trata-se do art. 177; a partir do “Projeto C”, a numeração é alterada para art. 171, assim permanecendo até a promulgação da Constituição.

316), até a aprovação do texto final da Constituição, com a seguinte redação:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível para o desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º **Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.**

Temos então que, na redação final do art. 171 da Constituição Federal, foi **expressamente prevista a possibilidade de utilização das contratações públicas** (aquisições de bens e serviços pelo poder público) **como instrumento de incentivo de desenvolvimento a um grupo específico: as empresas brasileiras de capital nacional**, tal como definidas no próprio dispositivo. Veja-se que, ao fazê-lo, o texto

constitucional utilizou um verbo (“dará”) que confere caráter mandatório a essa preferência, conforme, contudo, disciplina a ser estabelecida pelo legislador (“nos termos da lei”).

Observe-se, por fim, que a redação aprovada não restringiu as circunstâncias em que essa preferência poderia ser conferida – como fizeram algumas propostas anteriores, ao delimitar que a preferência deveria ser conferida quando houvesse “igualdade de condições” entre as propostas. Ou seja, da norma contida nesse dispositivo específico (art. 171, § 2º), não podia ser extraída nenhuma limitação quanto à possibilidade de concessão de preferências às empresas de capital nacional no âmbito das contratações públicas.

Entre a promulgação da Constituição Federal e a revogação do art. 171 pela Emenda Constitucional nº 5/1995, foram editadas três leis que trazem preferências relacionadas à nacionalidade das empresas nas contratações públicas,¹³¹ e que ainda estão em vigor: (i) a Lei nº 8.248/1991, que previa, entre outros benefícios, a preferência nas aquisições governamentais de bens e serviços de informática produzidos por empresa brasileira de capital nacional (art. 3º, em sua redação original);¹³² (ii) a Lei nº 8.666/1993, que identificava o capital nacional como um dos critérios de desempate de ofertas equivalentes (art. 3º, § 2º, I, em sua redação original);¹³³ e (iii) a Lei das Concessões,

¹³¹ A Lei nº 8.171/1991, promulgada nesse período, traz um critério de preferência que não está diretamente relacionado à produção nacional dos bens, mas sim à produção local. Nesse sentido: “Art. 15, § 3º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira”.

¹³² Lei nº 8.248/1991: “Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem; I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local”.

¹³³ Lei nº 8.666/1993: “Art. 3º, § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras”.

editada um pouco antes do início da tramitação da proposta que iria revogar o art. 171, CF, e que utilizava como critério de desempate das propostas a preferência à empresa brasileira (art. 15, § 3º, em sua redação original).¹³⁴ O artigo dessa última lei foi renumerado pela Lei nº 9.648/1998, mas manteve sua redação original. Os dispositivos das duas leis iniciais foram posteriormente alterados pela Lei nº 10.176/2001 e Lei nº 12.349/2010, respectivamente, e atualmente ainda estabelecem preferências nacionais nas contratações públicas, porém o *discrímen* utilizado é a efetiva produção nacional (e não mais a propriedade do capital social da empresa).

Esse ponto, aliás – a utilização de critério formal (a origem do capital social), e não um critério mais material (como o de produção efetiva)¹³⁵ – passa a ser criticado no contexto de globalização e de maior abertura da economia nacional, seja pelo próprio caráter formal do *discrímen* (que, diante da globalização, não necessariamente é capaz de ensejar a proteção da produção nacional), seja porque restringia a entrada de investimentos externos no país.

Assim, quase sete anos após a promulgação da Constituição, foi instaurado o processo de emenda do art. 171, inicialmente apenas para

¹³⁴ Lei nº 8.987/1995: “Art. 15, § 3º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira”.

¹³⁵ Ressalte-se que, aqui, apenas se aponta a diferença entre os critérios utilizados para a concessão de preferências (um, formal; outro, material), sem juízo de valor entre as vantagens de uma ou de outra qualificante.

flexibilizar seu conteúdo – culminando, contudo, com a revogação total do artigo.¹³⁶

O processo de revisão constitucional iniciou-se com a Exposição de Motivos nº 37, de 16/02/1995, proposta por diversos Ministros de Estado¹³⁷ e que foi recebida e aprovada na Câmara como PEC nº 5/1995; encaminhada e aprovada no Senado como PEC nº 32/1995; finalizando-se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, em 15/08/1995.

A proposta de emenda constitucional contida na EM nº 37 apresentava a seguinte redação:

Art. 1º É conferida nova redação ao art. 171 da Constituição Federal:

“Art. 171. É considerada empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País.

Parágrafo único. **Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará, em igualdade de condições, tratamento preferencial, nos termos da lei, aos produzidos e aos prestados no país.” (...)**

Art. 2º É suprimida a expressão ‘de capital nacional’ do inciso IX do art. 170 e do § 1º do art. 176, que passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 170.

IX - tratamento favorecido para as empresa brasileiras de pequeno porte;

¹³⁶Sobre o contexto da maior abertura ao capital nacional, Cymbalista, Zago e Rodrigues (2011, p. 153) apontam que: “A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, trazia uma série de restrições às empresas estrangeiras, notadamente normas que inibiam a presença de tais empresas em alguns setores da economia nacional. Contudo, com as diversas reformas constitucionais promovidas principalmente a partir da segunda metade da década de 90, tais restrições foram sendo pouco a pouco revogadas, evidenciando certa tendência à flexibilização dessa proteção ao capital nacional.” E continuam: “Essa tendência de flexibilização seguiu-se com a abertura paulatina de outros dispositivos constitucionais que limitavam a participação estrangeira em determinados setores econômicos, dentre os quais o da exploração de recursos minerais (art. 176), do transporte aquático (art. 178) e da radiodifusão (art. 222 da Constituição)”.

¹³⁷São eles: Ministro da Justiça (Nelson Jobim), Ministro da Fazenda (Pedro Malan), Ministro do Planejamento e Orçamento (José Serra), Ministro da Previdência e Assistência Social (Reinhold Stephanes) e Ministro da Administração e Reforma do Estado (Luis Carlos Pereira Bresser) e Ministro das Minas e Energia (Raimundo Brito).

Art. 176.

1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando estas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas."

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

De acordo com a exposição de motivos, a proposta de alteração constitucional seria parte do conjunto de medidas que o governo julgava necessárias para a retomada de investimentos no país. Ela inseria-se no contexto político de compromissos no sentido de maior abertura da economia nacional, como meio para aumentar seu dinamismo e atrair investimentos externos para o país.

Para isso, a proposta sugeria a eliminação do tratamento preferencial entre **empresa brasileira** e **empresa brasileira de capital nacional**. Não se sugeria, portanto, a supressão completa da preferência às empresas brasileiras (e nem dos instrumentos de concessão de preferências previstos no texto constitucional), mas sim a eliminação da distinção marcada a partir da origem do capital social das empresas formalmente constituídas no país. Sem perder de vista esse contexto, o foco, novamente, será dado para as discussões que perpassam mais diretamente o parágrafo 2º do art. 171.

Em relação à preferência nas compras públicas então prevista no art. 171, § 2º, os autores da proposta de emenda constitucional mencionam a **relevância em focar a efetiva produção nacional**, e não mais no critério formal de origem do capital:

Com relação ao tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços por parte do Poder Público, a proposta corrige imperfeição do texto constitucional, passando a favorecer os produtos produzidos e serviços prestados no País, ao invés de empresas classificadas segundo a origem do capital. Com isto,

pretende-se restabelecer o importante instrumento de poder de compra do Estado para estimular a produção, emprego e renda no País. É digno de nota que a proposta vincula o tratamento preferencial conferido aos produtos e serviços produzidos internamente à igualdade de condições (preços, qualidade, prazos, etc.) entre os concorrentes.

Os autores mencionam, ainda, que a alteração proposta não impede que a legislação ordinária crie **“incentivos e benefícios a setores considerados estratégicos, inexistindo qualquer vedação nesse sentido”**.

Ou seja, **não há, na proposta original de emenda, afastamento à preferência em si nas compras públicas, mas sim ao critério até então adotado de necessidade de origem nacional do capital da empresa.** Aliás, os autores da PEC reconhecem o potencial das contratações públicas (**“importante instrumento de poder de compra do Estado”**) como ferramenta para alcançar objetivos sociais diversos, tais como o estímulo à produção, ao emprego e à renda. Ainda assim, a colocação de preferências no âmbito da contratação pública deveria ser limitada à existência de **igualdade de condições das ofertas** – como fora proposto em alguns momentos no processo constituinte.

Recebida na Câmara e transformada na PEC nº 5, a proposta foi aceita pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. No parecer da Comissão Especial (datado de 18/04/95), o Relator Ney Lopes aponta que o conceito de empresa de capital nacional (a partir do qual devem ser aplicadas as preferências previstas pela Constituição) adotado pela redação original do artigo constitucional é inócuo para alcançar os fins visados de proteção para o desenvolvimento do mercado nacional. De acordo com o parecer, nas reuniões realizadas para as discussões das propostas, os expoentes foram a favor da retirada de preferências às empresas nacionais do âmbito constitucional, **não para vedar tais preferências, mas sim para deixá-las para o âmbito da legislação ordinária.** O relator menciona, ainda, que as Constituições dos países latino-americanos e europeus, **“concorrentes”** em termos de disputa

de investimentos de capitais, não fazem restrições quanto à origem de capital em nível constitucional, e que eventuais restrições da legislação ordinária são feitas para setores específicos, conforme a necessidade setorial. Nesse sentido, o relator expressa concordância com a **proposta de desconstitucionalização do tema**, deixando para legislação ordinária identificar setores específicos em que as preferências seriam devidas, conforme as necessidades atuais da sociedade e tendo em vista evoluções tecnológicas.

Em relação ao parágrafo 2º, o relatório conclui, inicialmente, que o novo texto proposto enfatiza corretamente a efetiva produção local como critério mais adequado para a concessão de preferências nas contratações públicas, em vez do critério formal de origem do capital societário:

Em particular, a modificação do texto do § 2º do art. 171 da Carta Magna pela Proposta de Emenda à Constituição nº 05/95 afigura-se-nos plenamente correta. Com efeito, a alteração pretendida enfoca o produto elaborado (ou o serviço prestado) no País como objeto da preferência do Poder Público, no lugar do produtor considerado de capital nacional, como atualmente estipulado pela Lei Maior. De acordo com o texto vigente daquele dispositivo, por exemplo, uma empresa brasileira de capital nacional que simplesmente importe um determinado bem estrangeiro terá a preferência para vender esta mercadoria a órgãos públicos sobre uma outra empresa que não possa ser caracterizada como EBCN [Empresa Brasileira de Capital Nacional], mas que, não obstante, fabrique o mesmo bem em território brasileiro. Parece-nos evidente que tão curiosa situação não sido pretendida pelo constituinte (p. 63; p. 128 do arquivo pdf).

Posteriormente, contudo, o relatório aponta a necessidade de tornar mais completa a reforma constitucional proposta, tendo em vista os motivos expostos para a maior abertura do mercado nacional. Para isso, conclui ser necessária a exclusão por completo da definição de empresa nacional do âmbito constitucional. Caberia à legislação ordinária prever eventuais restrições, diferenciações e preferências nas contratações

públicas, previsão que seria mais adequadamente localizada em lei que regulasse as contratações públicas. Em relação ao parágrafo 2º, o relatório assim conclui:

Mais ainda, na ausência do conceito de EBCN [Empresa Brasileira de Capital Nacional] a se lhe contrapor, restaria apenas a menção, no que viria a ser o único daquele artigo, à preferência de aquisição, pelo Poder Público, dos bens produzidos e dos serviços efetuados no País, em igualdade de condições. Tal dispositivo afigura-se-nos muito mais próprio de uma legislação que regule as licitações públicas, não cabendo sua inclusão no rol das matérias relevantes que devem ser objeto da Constituição (p. 63; p. 128 do arquivo pdf).

Diante disso, o substitutivo à PEC nº 5, apresentado pelo relator, propõe a supressão total do art. 171 da Constituição, excluindo do âmbito constitucional as definições (e suas diferenciações) de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, bem como as preferências que eram expressamente previstas para estas últimas, entre as quais a preferência no âmbito das compras públicas. Essa proposta foi aprovada pela Câmara e, posteriormente, pelo Senado, com a promulgação da EC nº 6/1995 e a revogação integral do art. 171. Com ela, a única previsão expressa de possibilidade de uso das contratações públicas para o fomento de empresas de capital nacional.

Reitere-se que o objetivo principal do constituinte reformador foi retirar a regulação dessa matéria (preferência pautada pela detenção do capital nacional) do âmbito constitucional. Os instrumentos previstos para operacionalizar essa preferência, entre os quais o uso direcionado do poder de compra, não foram expressamente criticados.

Será que o dispositivo ainda teria sido revogado, ou apenas teria seu conteúdo adaptado, fosse mais recentemente (a partir do ano 2000), diante da maior tendência de uso das contratações públicas como instrumento de políticas públicas pelo direito positivo? Acredito que, ainda assim, ele poderia ser revogado, visto que o cerne da discussão

era a previsão, **em âmbito constitucional**, da preferência às empresas brasileiras (ou de capital nacional).

Diante da revogação do art. 171, a principal questão que se coloca, tendo em vista esse histórico constitucional (previsão expressa de preferência para capital nacional, inclusive por meio das contratações públicas, e sua posterior revogação), relaciona-se com os limites para a previsão de preferências que considerem o capital nacional em âmbito infraconstitucional. As leis promulgadas até a EC nº 6 que previam diferenciações em função da origem do capital de empresa brasileira, ainda preservavam sua constitucionalidade? A partir da revogação do art. 171, poderiam ser promulgadas novas leis estabelecendo preferências para empresas brasileiras ou empresas brasileiras de capital nacional?

Essa primeira questão foi analisada no Parecer MCT/CONJUR nº 231/1995, em razão da consulta realizada pela Secretaria de Política de Informática e Automação, do Ministério de Ciência e Tecnologia, que solicitou análise das implicações da revogação do art. 171, CF, na já citada Lei nº 8.248/1991. O parecer perpassa, assim, as consequências da revogação ensejada pela EC nº 6/1995 na legislação infraconstitucional vigente à época de sua revogação, a partir da indagação sobre se a revogação das diferenciações em função do local de constituição e da origem do capital social da empresa em âmbito constitucional acarretaria a necessária revogação de todos os dispositivos em âmbito infraconstitucional que previam essa diferenciação.

De acordo com o parecer, a Lei nº 8.248/1991 consignava uma política pública setorial, não tendo fundamento apenas no art. 171, mas também em outros dispositivos constitucionais (por exemplo, os art. 178, art. 179, art. 170, I e art. 3º, II). Assim, por um lado, a revogação do art. 171 não implicaria que, doravante, qualquer política pública que traga uma diferenciação seria inconstitucional – desde que houvesse outros dispositivos que fundamentassem uma política pública, como há no caso da Lei nº 8.248/1991. Por outro lado, ainda de acordo com

o parecer, os dispositivos da legislação ordinária dependentes dos conceitos de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, então trazidos pelo art. 171 da CF, foram revogados com a exclusão desses conceitos da ordem constitucional.

A partir dessas premissas, o parecer conclui que teriam sido revogados os seguintes dispositivos: (i) em relação à Lei nº 8.248/1991: art. 1º; art. 2º, I e III; art. 3º e seu decreto regulamentador (Decreto Federal nº 1.070/1994, com exceção do art. 3º, § 1º); art. 5º; art. 7º (e seu regulamento, Decreto Federal nº 792/1993); e a parte final do art. 10; (ii) em relação à Lei nº 8.666/1993: art. 3º, § 2º, I e III (permanência apenas do inciso II); e art. 33, § 1º. Todos eles trazem algum tipo de preferência para empresa brasileira ou empresa brasileira de capital nacional.

Desde a revogação do artigo constitucional, novas leis trouxeram preferências nacionais com foco em fatores de efetiva produção local. Com exceção da Lei nº 12.598/2012, sobre contratações na área de defesa, a origem do capital social da empresa não foi mais adotada como critério para a concessão de preferências.

3.6 A função derivada no marco legal nacional

No ano de 1948, foi promulgada a Lei nº 566, que determinava que os órgãos da administração pública federal dessem preferência, em suas compras, aos produtos da marca Trevo, originários da Liga de Proteção aos Cegos no Brasil. A preferência em favor da associação seria aplicada em caso de ofertas em igualdade de condições, consideradas não apenas o preço apresentado, mas também a qualidade do produto.¹³⁸ Ademais, a lei também simplificava os procedimentos a serem observados pela

¹³⁸Lei nº 566/1948: “Art. 1º Nas compras de material feitas pelos Ministérios, repartições públicas federais e autarquias, terão preferência os produtos da marca Trevo, de propriedade da Liga de Proteção aos Cegos no Brasil. Parágrafo único. Essa preferência será dada quando, em concorrência ou tomada de preços, haja oferta em igualdade de condições, levando-se em conta não apenas o preço mas também a qualidade”.

associação nas concorrências públicas, determinando sua inscrição automática no procedimento e, portanto, a eliminação da necessidade de a associação apresentar documentos de habilitação necessários para sua participação.¹³⁹

Trata-se de caso que sugere que o uso da função derivada da contratação pública não é prática recente no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, ainda que exemplos esparsos possam ser encontrados anteriormente, a intensificação do uso da função derivada ocorre nas últimas duas décadas. Ainda mais recentemente, a partir do meio da década de 2000, vemos a promulgação de diversos diplomas legislativos que, ao estabelecerem uma política pública setorial, preveem expressamente a função derivada das contratações públicas como instrumento para a implementação da política. São esses os exemplos das políticas de fomento à indústria nacional, de proteção às micro e pequenas empresas, de aquisição de alimentação escolar, de proteção às mudanças climáticas, e de redução de resíduos sólidos. Nesses casos, as contratações públicas foram trazidas pelo marco regulatório de uma política pública setorial como ferramenta para viabilizar a execução de seus fins e objetivos.

Mais recentemente, também vemos regras que regulam diretamente as próprias contratações públicas, e que abrem caminho para a função derivada em políticas diversas. Embora essas disposições tenham, em geral, menor carga normativa quanto à função derivada – isto é, não há previsão tão direta e detalhada quanto à sua operacionalização –, essas alterações podem apresentar alto grau de impacto, uma vez que incidem transversalmente no sistema das compras públicas.¹⁴⁰ Ou seja,

¹³⁹ Lei nº 566/1948: “Art. 2º Para os efeitos do dispôsto nesta Lei, a Liga de Proteção aos Cegos no Brasil considerar-se-á automaticamente inscrita em todos os Ministérios, repartições públicas federais e autarquias, independente de caução e de quaisquer documentos de habilitação”.

¹⁴⁰ Exemplo recente nesse sentido é o dispositivo da Lei do RDC, que prevê como parâmetro para o cálculo de “maior vantagem para a administração pública” os “custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental” (art. 4º, III).

essas inovações legislativas sedimentam a função derivada, colocando as contratações como um instrumento transversal de políticas públicas, a ser utilizado para o alcance dos mais diversos fins públicos. Pelo enfoque das contratações públicas, há um movimento de diversificação de seus fins, com a atribuição de finalidades e valores setoriais diversos.

O presente item descreve a evolução dos diplomas legislativos que trazem hipóteses de uso da função derivada das contratações públicas, permitindo o diagnóstico desse movimento no âmbito da legislação nacional. Conforme apontado acima, o objetivo não é simplesmente compilar as leis que trazem hipóteses de função derivada, mas sim desenhar seu movimento no cenário legislativo nacional, de modo a melhor compreendê-lo. Ressalto, ainda, que os dados a seguir apresentados têm por objetivo ilustrar o movimento de função derivada no cenário normativo brasileiro, tornando mais esclarecedora a narrativa sobre o tema e as questões jurídicas que ele provoca.

3.6.1 Seleção e resultados

Os critérios de pesquisa e de seleção das leis em sentido estrito que trazem hipóteses de função derivada constam no Apêndice I: Lista e Classificação das Regras de Função Derivada.

A partir desses critérios, obtive o conjunto de **35 leis e 78 regras que trazem hipóteses de função derivada**. A lista das regras selecionadas consta no APÊNDICE I: Lista e Classificação das Regras de Função Derivada.

Cada regra de função derivada (linhas da tabela) foi analisada a partir dos seguintes critérios (colunas da tabela), conforme redação mais literal da norma:

- (i) **objeto da lei: se lei de política setorial ou lei geral de contratação pública.**¹⁴¹ Se lei alteradora, identificação do objeto principal da lei, para tentativa de classificação como política setorial ou contratação;¹⁴²
- (ii) **número da lei;**
- (iii) **ano de promulgação da lei;**
- (iv) **descrição da regra de função derivada:** resumo do conteúdo, com indicação do(s) dispositivo(s) legal(is) entre parênteses;
- (v) **setor objeto da regra de função derivada;**¹⁴³
- (vi) **foco principal da função derivada (beneficiado e agente):** grupo (quando referente apenas a um grupo); atividade (quando

¹⁴¹ Foram consideradas leis gerais de contratação: Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/2004 e Lei nº 12.462/2011.

¹⁴² Entendeu-se como irrelevante, para fins da pesquisa, a criação de uma classificação própria para identificar se se tratava de diploma “original” ou “alterador”. Destacou-se, assim, apenas se a função derivada foi trazida por lei que dispunha essencialmente sobre determinada política setorial ou sobre contratação pública em geral.

¹⁴³ Para reduzir as especificidades dos dados e permitir, assim, a análise evolutiva com maior agregação dos dados, realizei as seguintes simplificações na classificação das regras encontradas em relação ao setor: (i) Foram classificadas como de “desenvolvimento sustentável” as regras que previam fatores ambientais ou sociais gerais, em conjunto ou isoladamente, bem como a única hipótese de preferência local encontrada (trata-se do art. 4º, V, Lei nº 12.462/2011). (ii) A hipótese contida na Lei nº 9.991/2000 (art. 1º a 3º), que trata da obrigação de investimento, pelo contratado, em P,D&I no setor de energia, foi classificada apenas como “P,D&I” (excluindo-se da classificação, portanto, a especificidade quanto ao setor de energia). (iii) A hipótese do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993, que autoriza dispensa de licitação para instituições relacionadas a pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e recuperação social, foi classificada apenas como “pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional” (excluindo-se da classificação, portanto, a especificidade de “recuperação social do preso”). Reconheço que essa decisão traz alguma distorção para a classificação setorial das normas de função derivada (uma vez que se perde uma disposição que também poderia ser considerada como “social”). Entretanto, entendeu-se que a distorção seria maior caso fosse adotada a alternativa de duplicar a regra em duas linhas diferentes. (iv) A hipótese de dispensa de licitação para contratação de entidades sem fins lucrativos para implementação de cisternas e tecnologias de acesso à água (art. 24, XXXIII, Lei nº 8.666/1993) tem objetivos diversos: incentivar a produção de tecnologias de acesso à água para população economicamente hipossuficiente, garantindo a esse público serviços de saneamento básico. Embora a regra pudesse ser colocada como “saúde”, optou-se por classificá-la como “social”, tendo em vista o objetivo de inclusão social a partir da prestação de serviços públicos básicos, bem como de fomento do grupo objeto da dispensa. (v) A hipótese de dispensa de licitação para transferência de tecnologia no SUS (art. 24, XXXII, Lei nº 8.666/1993) foi classificada como “saúde”, e não como “P,D&I”, destacando-se o âmbito do setor de saúde no qual a dispensa é prevista. (vi) A hipótese de preferência para micro e pequenas empresas sediadas no local ou na região da contratação (art. 48, § 3, LC nº 123/2006) foi classificada como “micro, pequena e média empresa”, e não como “desenvolvimento sustentável”, destacando-se a preferência mais geral para o grupo em questão.

referente a uma atividade); misto (quando o estímulo volta-se concomitantemente à atividade e ao grupo);

(vii) **técnica da função derivada**, isto é, qual a forma adotada para operacionalizar a função derivada no âmbito da contratação¹⁴⁴;

(viii) vinculação da aplicação da regra pela entidade contratante (**facultativa ou obrigatória**);

(ix) **expressão utilizada** (de modo a consignar o caráter facultativo ou obrigatório)¹⁴⁵;

(x) **objeto do contrato**, sobre o qual a regra incide: **bem; serviço; concessão; bem e serviço; contratação pública** (geral);

(xi) **especificidade da regra** em relação ao objeto da contratação: geral (se a regra refere-se a qualquer tipo de objeto) ou específica (se voltada para objeto específico)¹⁴⁶;

(xii) campo para observações adicionais.

As principais classificações adotadas para cada regra selecionada constam no Apêndice I: Lista e Classificação das Regras de Função Derivada.

Interessante notar que a lei pode ter por objetivo autorizar, impor ou vedar o uso da função derivada. Nesse sentido, **não foi encontrada nenhuma regra que veda a utilização da função derivada**; há apenas regras que autorizam ou impõem (com maior ou menor detalhamento) seu uso.

¹⁴⁴ Para reduzir as especificidades dos dados e permitir, assim, uma análise evolutiva com maior agregação dos dados, realizei a seguinte simplificação na classificação das regras encontradas em relação à técnica: (i) As exigências relacionadas ao tamanho do objeto (art. 23, §§ 1º e 2º, Lei nº 8.666/1993; art. 23, § 7º, Lei nº 8.666/1993; art. 33, Lei nº 11.284/2006; art. 4º, VI, Lei nº 12.462/2011), que determinam o fracionamento do objeto visando à maior competição, foram classificadas apenas como “definição do objeto” (excluindo-se da classificação, portanto, a especificidade quanto ao tamanho do objeto).

¹⁴⁵ Foram classificadas como obrigatórias as regras em que eram utilizados verbos ou expressões no imperativo (“deverá”, “dará”, “será”). Além disso, foram classificadas como obrigatórias as regras contidas nos dispositivos iniciais das leis de políticas setoriais, que determinavam a regra de função derivada entre as diretrizes ou os objetivos da política.

¹⁴⁶ Exemplo do primeiro caso, de regra geral, seriam as regras trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006, aplicáveis para a contratação de qualquer objeto. Como exemplo do segundo caso, pode-se citar a Lei nº 8.171/1991, que traz regras de preferência aplicáveis para bens e serviços de informática.

Os resultados decorrentes da classificação das regras selecionadas, conforme critérios acima mencionados, podem ser analisados a partir de diferentes perspectivas, que auxiliam na compreensão do cenário do direito positivo da função derivada no Brasil.

3.6.2 Evolução quantitativa ao longo dos anos

Primeiro aspecto a ser analisado consiste nos dados referentes à evolução do número das regras e leis referentes à função derivada ao longo dos anos, conforme Tabela 1, a seguir.

Tabela 1 – Evolução do número de regras e leis, por ano

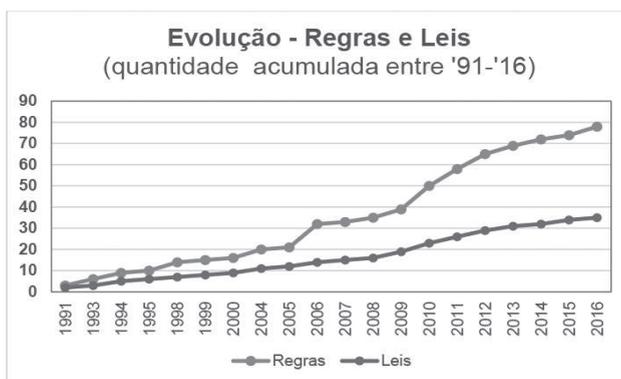
Evolução quantitativa por ano				
Ano	Regras – nº	Regras - %	Leis – nº	Leis - %
1991	2	6%	2	6%
1993	1	3%	1	3%
1994	2	6%	2	6%
1995	1	3%	1	3%
1998	1	3%	1	3%
1999	1	3%	1	3%
2000	1	3%	1	3%
2004	2	6%	2	6%
2005	1	3%	1	3%
2006	2	6%	2	6%
2007	1	3%	1	3%
2008	1	3%	1	3%
2009	3	9%	3	9%
2010	4	11%	4	11%
2011	3	9%	3	9%
2012	3	9%	3	9%
2013	2	6%	2	6%
2014	1	3%	1	3%

Evolução quantitativa por ano				
Ano	Regras – nº	Regras - %	Leis – nº	Leis - %
2015	2	6%	2	6%
2016	1	3%	1	3%
Total	78	100%	35	100%

Fonte: elaboração própria.

O Gráfico 2 – Evolução quantitativa acumulada das regras e leis, a seguir, mostra a evolução acumulada, ao longo dos anos, do número de regras e leis selecionadas.

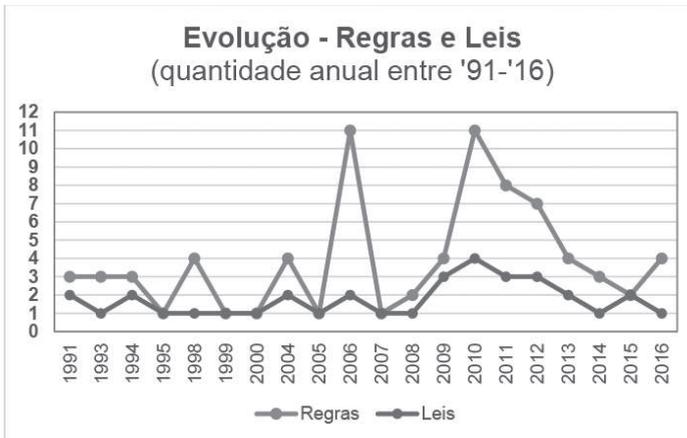
Gráfico 2 – Evolução quantitativa acumulada das regras e leis



Fonte: elaboração própria.

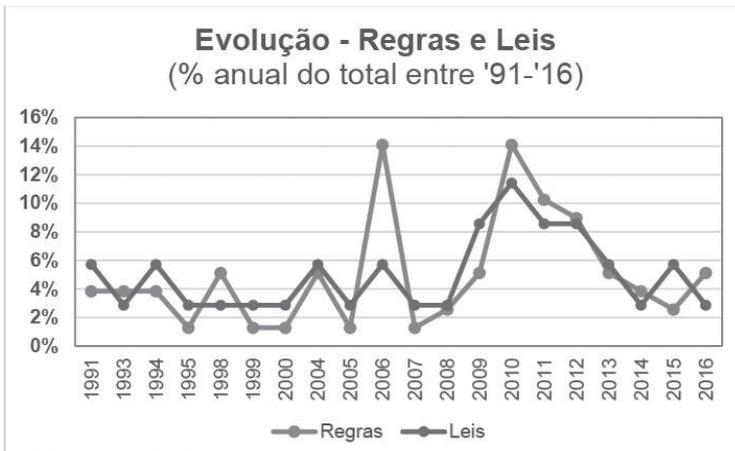
Em relação ao número de regras, há a intensificação da previsão de hipóteses de função derivada a partir do ano de 2006, com novo ápice no ano 2010, e continuidade da intensidade de produção nos anos de 2011 e 2012. Em relação ao número de leis, pode-se constatar um aumento da promulgação de novos diplomas nos anos de 2009, 2010 (ápice), 2011 e 2012. Os Gráficos 3 e 4 a seguir mostram a evolução, em quantidade e percentual, da produção por ano (não acumulada) de regras e leis de função derivada.

Gráfico 3 – Evolução quantitativa anual das regras e leis



Fonte: elaboração própria.

Gráfico 4 – Evolução percentual anual das regras e leis



Fonte: elaboração própria.

Olhando para o número de leis promulgadas – parâmetro que melhor representa as movimentações do Congresso para a promulgação de lei contendo regra de função derivada –, vê-se que, em 2010, foram promulgadas 11% das leis que preveem a função derivada (em número absoluto, 4 diplomas, de um total de 35 leis), seguido dos anos de 2009, 2011 e 2012 (cada ano representando 9%).

Ressalto que a análise dos dados a partir do critério de edição de leis e regras por ano pode trazer alguma distorção em razão do corte metodológico adotado de seleção apenas de regras vigentes. Exemplo que pude identificar é a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXI, Lei nº 8.666/1993. Esse dispositivo foi originalmente incluído pela Lei nº 9.648/1998, que trazia regra de dispensa para aquisição, com recursos de agências públicas de fomento, de bens para uso em pesquisas científicas e tecnológicas.¹⁴⁷ Por sua vez, a Lei nº 13.243/2016 alterou substancialmente essa regra, prevendo a dispensa para qualquer contratação destinada à pesquisa e ao desenvolvimento, desde que abaixo do valor determinado no dispositivo, sendo essa a regra atualmente vigente. Assim, de fato, foi criada hipótese de função derivada no ano 1998, mas esse movimento legislativo inicial não é captado pelos dados, uma vez que essa regra foi posteriormente substituída. Assim, nos dados aparece apenas o movimento legislativo do ano de 2016, atualmente vigente.¹⁴⁸ Não se trata de erro na pesquisa, mas de limitação que decorre do critério metodológico adotado, qual seja, de inclusão das regras vigentes à época da seleção dos dados.

3.6.3 Origem e destino das regras de função derivada: lei de política setorial ou lei de contratação pública?

Em relação ao tipo de lei que veicula a função derivada, investigou-se se as regras e leis de função derivada originam-se de leis de políticas

¹⁴⁷ Nesse sentido: “Art. 24, XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico”. Referida regra foi pontualmente alterada pela Lei nº 12.349/2010, que apenas inclui no âmbito da norma a palavra insumos: “Art. 24, XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico”.

¹⁴⁸ Na redação atualmente vigente: “Art. 24, XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do art. 23”.

públicas setoriais – que preveem as contratações públicas como um instrumento de implementação de seus objetivos –, ou se são trazidas por leis gerais de contratações públicas. Os resultados, por lei e por regra, constam na Tabela 2, a seguir.

Tabela 2 – Origem da regra e lei

Origem da regra				
Tipo de lei	Regra - nº	Regra - %	Lei - nº	Lei - %
Contratação	23	29%	7	20%
Política setorial	55	71%	28	80%
Total	78	100%	35	100%

Fonte: elaboração própria.

A maior parte das previsões de função derivada tem origem em **diploma de política pública setorial**, que traz mecanismos de fomento estatal para o setor, grupo ou atividade objeto da política em questão.

Quando se toma o universo de leis, 80% das leis que veiculam hipótese de função derivada são trazidas por leis de políticas setoriais, enquanto apenas 20% das leis têm por objeto a regulação das contratações públicas. Ressalte-se, contudo, que parte dessas leis de políticas setoriais introduz a hipótese da função derivada nas leis gerais de contratações públicas, adotando como técnica legislativa a alteração de lei geral de contratação, de modo a se prever a hipótese de função de derivada de política pública setorial na lei geral de contratação pública. Quer dizer: há leis setoriais que alteram leis gerais de contratação, incluindo nesta (a lei geral) a hipótese de função derivada, conforme será visto em seguida.

Focando agora o universo das regras de função derivada, é possível analisar tanto a “origem” das regras (se veiculadas originalmente por lei setorial ou lei geral de contratação), como o “destino” das regras (isto é, se passam a ser previstas em lei setorial ou de contratação). A “desconexão” entre origem e destino pode ocorrer quando há diploma

de um tipo que altera diploma de outro tipo – por exemplo, lei setorial que traz (origem) hipótese de função derivada, a ser incluída (destino) em lei geral de contratação.

Vê-se que 45 das regras de função derivada são trazidas por leis setoriais, 10 são veiculadas por leis setoriais que alteram lei geral de contratação (no caso, apenas a Lei nº 8.666/1993), e 23 são regras veiculadas e previstas em lei geral de contratação (conforme Tabela 3).

Tabela 3 – Origem e destino da regra, por tipo de lei

Origem e destino por tipo de lei	Regras – nº	Regras – %
Política setorial (origem/destino)	45	58%
Política setorial (origem) que altera lei de contratação (destino)	10	13%
Contratação (origem/destino)	23	29%
Total	78	100%

Fonte: elaboração própria.

Isso significa que, em **relação à origem, a grande maioria (71%) das regras de função derivada são originalmente veiculadas por leis setoriais**, enquanto 29% das regras são veiculadas por leis setoriais. Já em **relação ao destino, 58% das regras de função derivada estão previstas exclusivamente em leis setoriais**, enquanto 42% estão previstas (destino) em lei geral de contratação (ainda que originalmente veiculadas por leis setoriais). Não foi encontrada **nenhuma regra de função derivada com origem em lei geral de contratação e destino em lei de política setorial** (isto é, não se encontrou lei geral de contratação que altere lei setorial para trazer uma regra de função derivada).

A partir desses dados, pode-se concluir que a função derivada vem sendo especialmente considerada como instrumento de políticas setoriais. Quer dizer, a **previsão da função derivada no cenário legislativo**

nacional tem origem, majoritariamente, na concepção e definição de uma política pública em específico – como, por exemplo, políticas de fomento à indústria nacional, ao desenvolvimento sustentável, ou à proteção de agricultores familiares.

3.6.4 O grau de abrangência da regra

Por uma questão de lógica estrutural do sistema regulatório, espera-se que, quando trazidas por leis gerais de contratações, as regras possuam um caráter mais abstrato em relação ao objeto a ser contratado, com maior transversalidade setorial – como, por exemplo, regra de preferência para a indústria nacional, a ser observada para todas as contratações públicas, independentemente do tipo de objeto.¹⁴⁹ Por sua vez, espera-se que regras de função derivada trazidas por leis setoriais tenham abrangência mais restrita – isto é, alcancem objetos relacionados ao setor promovido pela lei. Seria o caso, por exemplo, de lei que traz uma política de proteção agrícola, prevendo preferências relacionadas a esse setor e aplicáveis às contratações públicas.¹⁵⁰

Nessa toada, mostra-se interessante identificar, inicialmente, o grau de abrangência da regra de função derivada, tendo em vista o objeto da contratação, para então comparar esse dado de abrangência da regra com sua origem e destino.

Conforme apresentado na Tabela 4 – Abrangência da regra, a seguir, constata-se que a maior parte das regras de função derivada são voltadas a objetos específicos (44 ou 56% das regras) – como, por exemplo, produtos agrícolas, produtos e serviços de informática, ou,

¹⁴⁹ É esse o caso da Lei nº 12.349/2010, que alterou o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, incluindo a possibilidade de aplicação de margem de preferência para qualquer tipo produto ou serviço, desde que de origem nacional.

¹⁵⁰ Concretamente, é a hipótese da Lei nº 8.171/1991, que dispõe sobre a política agrícola e, entre seus instrumentos, prevê a aquisição preferencial de estoques de alimentos de associações de pequenos e médios produtores (conforme art. 31, § 3º).

ainda, as diversas hipóteses de dispensa de licitação, que são em geral voltadas para situações (grupo ou atividade) bastante específicas.

Tabela 4 – Abrangência da regra

Especificidade	Regras – nº	Regras – %
Objeto geral	34	44%
Objeto específico	44	56%
Total	78	100

Fonte: elaboração própria.

Percebe-se que esse dado quanto ao grau de abrangência das regras (maior parte das regras de função derivada são referentes a **objetos específicos**) converge com os dados vistos no item anterior (item 3.6.3), relacionados à origem e ao destino das regras (maior parte das regras de função derivada são **oriundas e constam de políticas setoriais**). Quer dizer, a maioria das regras de função derivada refere-se a objetos específicos e é veiculada e prevista em leis setoriais, o que parece apontar para maior lógica estrutural das regras de contratações.

A convergência é bastante próxima quando se toma o **destino das regras**: 44% das regras de função derivada referem-se a objetos gerais, enquanto 42% estão previstas (destino) em leis gerais de contratação. Ressalte-se, porém, que a convergência não é total quando se toma a perspectiva da **origem das regras**: enquanto 71% das regras de função derivada originam-se de leis de política setorial, apenas 56% referem-se a objetos específicos. Essa diferença aponta para a existência de **algumas regras que se originam de leis de política setorial, porém que se referem a objetos gerais, não específicos**. Ainda assim, **parte dessas regras referentes a objetos gerais, mas veiculadas por leis setoriais são previstas em leis gerais de contratação** (o que explica os dados analisados a partir da perspectiva de destino das regras).

A tendência de convergência entre a origem/destino da regra (lei geral ou lei setorial) e o objeto a que ela se refere (geral ou específico) é

intensificada quando se adota a perspectiva do universo de leis (e não mais de regras), conforme Tabela 5 – Tipo de lei x Objeto da contratação, abaixo.

Tabela 5 – Tipo de lei x Objeto da contratação

Tipo de lei X objeto da contratação				
Tipo da lei	Objeto - nº absoluto		Objeto - % por tipo de lei	
	Específico	Geral	Específico	Geral
Contratação (7)	1	6	14%	86%
Política setorial (28)	21	7	75%	25%

Fonte: elaboração própria.

Percebe-se que a grande maioria das leis de contratação que trazem hipóteses de função derivada regula um objeto geral de contrato (bens e serviços em geral): das leis que regulam sobre contratação pública, na quase totalidade (6 de um total de 7), a hipótese de função derivada refere-se a um objeto geral. Por outro lado, nas hipóteses de função derivada trazidas por leis setoriais (universo de 28 leis), 21 têm um objeto específico, enquanto 7 aplicam-se a qualquer objeto.

Isso, por um lado, converge com a expectativa de abrangência da regra de função derivada, a partir de sua origem e destino. Ainda assim, pode-se observar que **há regras de função derivada contidas nas leis de contratação que não necessariamente têm abrangência geral para toda e qualquer contratação** (isto é, são aplicadas em situações específicas), enquanto **regras de função derivada contidas em leis de políticas públicas setoriais podem ter aplicação transversal para as contratações, independentemente da especificidade do objeto a ser contratado.**

3.6.5 Quais os objetivos visados?

Há uma grande variedade de **objetivos visados pelas regras**¹⁵¹ de **função derivada**, conforme se verifica na Tabela 6 – Objetivo da regra, a seguir.

Tabela 6 – Objetivo da regra

Objetivo	Regra – nº	Regra – %
Micro, pequena e média empresa	15	19%
Desenvolvimento sustentável	13	17%
Indústria nacional	13	17%
Entidades da AP	10	13%
P,I&D	8	10%
Agrícola	6	8%
Saúde	4	5%
Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	2	3%
Portadores de deficiência	2	3%
Social	2	3%
Comunicação	1	1%
Energia	1	1%
Internacional	1	1%
Total	78	100%

Fonte: elaboração própria.

Majoritariamente, os objetivos referem-se à promoção das micro, pequenas e médias empresas (20%), do desenvolvimento sustentável (17%), da indústria nacional (17%), e das entidades da administração pública (13%).

¹⁵¹ Observe-se que, aqui, apenas é possível a análise das regras (e não de leis), tendo em vista que uma lei pode trazer regras que visam a proteger setores diferentes.

Pode-se concluir que a função derivada vem sendo utilizada como instrumento de um rol diversificado de fins públicos – desde os mais gerais, como o fomento da “indústria nacional” ou das “micro, pequenas e médias empresas”, até os mais específicos, como “agrícola”, “saúde” ou “portadores de deficiência”.

Importante também notar que, ainda que haja ampla diversificação dos fins visados, a função derivada é, majoritariamente, utilizada como instrumento de políticas de fomento às micro e pequenas empresas, ao desenvolvimento sustentável e à indústria nacional. Esses setores representam, juntos, mais da metade (53%) do universo total das regras de função derivada. A função derivada também é utilizada como forma de estímulo às entidades da administração pública (13%), por meio de preferências para a contratação desses entes.

A classificação da regra em relação ao seu objeto como voltada a **grupo ou atividade** mostrou-se difícil de ser feita objetivamente, uma vez que as regras costumam apresentar ambos os aspectos – destinando-se diretamente a um (a um grupo, por exemplo), e indiretamente o outro (a uma atividade exercida por esse grupo). Feita essa ressalva, observou-se que a maior parte das regras (64%) volta-se mais diretamente a grupos e setores específicos, não a atividades, conforme Tabela 7 – Objeto da regra.

Tabela 7 – Objeto da regra

Objeto da regra	Regra – nº	Regra – %
Atividade	19	24%
Grupo	50	64%
Misto	9	12%
Total	78	100%

Fonte: elaboração própria.

Aqui, interessante combinar os dados referentes aos **objetivos visados por setor e por tipo da regra** (atividade, grupo ou misto), conforme Tabela 8 – Setor x Tipo da regra, a seguir. O objetivo é testar se, em

determinado setor, haveria tendência de estruturação da regra dirigida a grupo ou a atividade.

Tabela 8 – Setor x Tipo da regra

Setor	Atividade	Grupo	Misto	Total
Agrícola	0%	6%	1%	8%
Comunicação	0%	0%	1%	1%
Desenvolvimento sustentável	14%	1%	1%	17%
Energia	0%	1%	0%	1%
Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	0%	0%	3%	3%
Entidades da AP	0%	13%	0%	13%
Indústria nacional	0%	17%	0%	17%
Internacional	0%	1%	0%	1%
Micro, pequena e média empresa	0%	19%	0%	19%
P,I&D	9%	0%	1%	10%
Portadores de deficiência	0%	3%	0%	3%
Saúde	1%	3%	1%	5%
Social	0%	0%	3%	3%
Total	24%	64%	12%	100%

Fonte: elaboração própria.

Pela Tabela, observa-se que fins públicos mais relacionados com uma atividade tendem a ser estruturados na forma de proteção da atividade em si – como no caso de desenvolvimento sustentável e P,I&D –, enquanto outros fins são estruturados na forma de proteções voltadas a grupos – como no caso de fomento à indústria nacional, às micro, pequena e média empresas, às entidades da administração pública e ao setor agrícola.

3.6.6 As técnicas utilizadas: como e quando operacionalizar a função derivada?

Entre as regras de função derivada selecionadas, foram encontradas sete diferentes técnicas de operacionalização: (i) definição do objeto; (ii) contratação exclusiva; (iii) dispensa de licitação; (iv) requisitos diferenciados de habilitação; (v) seleção da proposta; (vi) obrigação contratual; (vii) preferência ou exigência genérica.

Na fase inicial da contratação, de caracterização das especificações do objeto, há regras de função derivada que incidem sobre a (i) **definição do objeto**, a partir da colocação de atributos que não são estritamente necessários para a caracterização do objeto, incluídas aqui características quantitativas, tais como regras para o fracionamento do objeto.¹⁵²

Regras de função derivada podem também ser incluídas no momento da seleção do interessado em contratar com o poder público, seja prevendo (ii) a **contratação exclusiva**, na qual apenas podem participar interessados que cumpram determinadas qualificantes¹⁵³, (iii) **hipóteses de dispensa de licitação** para determinados grupos ou atividades (assegurando, portanto, um acesso “privilegiado” ao mercado de compras públicas), ou ainda (iv) **requisitos de habilitação diferenciados**. Em relação à habilitação diferenciada, ressalte-se que ela, em geral, implica simplificação em relação à documentação em regra exigida para a habilitação dos interessados. No entanto, ela pode ser implementada por meio de exigência de comprovação adicional – como no caso do

¹⁵² Nesse sentido, mencione-se, por exemplo, a regra da Lei do RDC, que determina que o objeto deverá ser definido levando-se em consideração fatores que reduzam o consumo de energia e insumos e que apresentem sustentabilidade ambiental (art. 4º, 1º, III, e art. 9º, § 2º, I), ou a regra da Lei nº 11.284/2006 (Lei de Concessão Florestal), que impõe a divisão da área florestal a ser concedida em lotes de diferentes tamanhos, de modo a viabilizar o acesso por micro e pequenas empresas (art. 33).

¹⁵³ Tal como a hipótese de licitação aberta apenas para fornecedores de tecnologia nacional, conforme art. 3º, § 12º, Lei nº 8.666/1993, ou para micro e pequena empresas, conforme art. 48, I, Lei Complementar nº 123/2006.

art. 14, parágrafo único, inciso II, Lei do RDC, que possibilita a exigência de requisitos adicionais de sustentabilidade ambiental na habilitação.

A função derivada também pode operacionalizar-se no momento da própria (v) **seleção da proposta**, por meio da inclusão de critérios específicos a serem considerados para a definição da maior vantajosidade (incluídos critérios para desempate de propostas)¹⁵⁴, ou, ainda, por meio da colocação de um fator de preferência no julgamento técnico ou de preço das propostas apresentadas¹⁵⁵.

Selecionado o contratado, a função derivada pode ser implementada como (vi) obrigação contratual, impondo ao contratado uma obrigação a ser observada durante a execução do contrato¹⁵⁶.

Por fim, há regras de função derivada que não especificam a forma de implementação da preferência ou obrigação por ela trazida no âmbito do procedimento de contratação, e que foram classificadas como (vii) **preferências ou obrigações genéricas**. Foram assim classificadas as diversas regras que autorizam ou impõem que a entidade contratante conceda preferência ou imponha obrigação adicional em relação ao grupo ou à atividade objeto da regra sem, contudo, especificar a forma por meio da qual essa preferência ou esse ônus será formalizado. De fato, ressalte-se que, nessa categoria, apenas foram encontradas regras que estabelecem preferências genéricas (inexistindo regra que imponha ônus adicional). Não se trata, aqui, de analisar a obrigatoriedade ou

¹⁵⁴ Como no caso do art. 26, II, Lei nº 11.284/2006, que estabelece que o julgamento de proposta técnica deverá considerar os impactos ambientais, os benefícios sociais e a agregação de valor local, ou o art. 15, § 4º, Lei nº 8.987/1995, que prevê uma preferência de desempate, em igualdade de condições, às empresas brasileiras.

¹⁵⁵ Como o art. 3º, §§ 5º a 9º, Lei nº 8.666/1993, que estabelece uma margem de preferência para produtos e serviços nacionais, de até 25% a mais em relação ao menor preço ofertado.

¹⁵⁶ Nesse sentido, tem-se, exemplificativamente, a possibilidade de exigência de subcontratação de micro e pequena empresas (art. 48, II, Lei Complementar nº 123/2006), ou a exigência de um percentual mínimo de uso de bens e serviços nacionais nas operações da empresa petrolífera detentora de contrato de concessão de petróleo e gás (art. 2º, X, Lei nº 9.478/1997).

facultatividade da aplicação da regra, mas sim a abstração quanto a sua operacionalização.¹⁵⁷

A Tabela 9, a seguir, apresenta as regras selecionadas, classificadas de acordo com a forma de implementação da função derivada.

Tabela 9 – Técnicas utilizadas

Forma	Regra – nº	Regra – %
Dispensa de licitação	25	32%
Preferência genérica	14	18%
Obrigação contratual	12	15%
Definição do objeto	9	12%
Seleção da proposta	9	12%
Contratação exclusiva	5	6%
Habilitação	4	5%
Total	78	100%

Fonte: elaboração própria.

A partir da Tabela 9, vê-se que a legislação prevê a função derivada majoritariamente na forma de dispensa de licitação (32%), seguida de preferência genérica (18%) e obrigação contratual (15%).

Parece haver uma preferência por técnicas que trazem uma “proteção positiva”, isto é, a concessão de preferência a grupos ou atividades protegidas para facilitar o acesso ao mercado de compras públicas (sendo que essa preferência pode representar ônus indireto para aqueles que deixam de receber a mesma proteção). É o que acontece

¹⁵⁷ Cito, por exemplo, a exigência de contratação preferencial de proprietário rural para prestação de serviços de assistência técnica e fomento (art. 103, § único, III, Lei nº 8.171/1991), ou a preferência de aquisição de produtos reciclados, recicláveis ou compatíveis com consumo social ou ambientalmente sustentável (art. 7º, XI, “a” e “b”, Lei nº 12.395/2010). Em ambos os casos, as regras foram classificadas como de aplicação obrigatória, tendo em vista a redação adotada pelo legislador. Entretanto, nesses casos, embora o legislador tenha determinado uma preferência a ser necessariamente observada pela entidade contratante, ele não especificou como essa preferência seria operacionalizada durante o procedimento de contratação – se na especificação do objeto ou como uma preferência no julgamento da proposta, por exemplo.

nas técnicas de dispensa de licitação (32%), preferência genérica (18%), seleção da proposta (12%) e contratação exclusiva (6%).

A imposição de obrigação contratual (15%), por sua vez, representa a colocação de ônus adicional, a ser cumprido durante a fase de execução contratual.

Por fim, as técnicas de definição de objeto (12%) e habilitação (5%) podem ser utilizadas para impor tanto preferências como ônus adicionais. Nos casos analisados, as regras referentes à definição de objeto têm caráter misto, na medida em que são formuladas a partir de exigências adicionais – que, por sua vez, configuram-se em preferências para determinados grupos ou atividades¹⁵⁸. Já em relação à habilitação, apenas dois casos trazem exigência adicional da documentação de habilitação¹⁵⁹; os demais autorizam ou impõem a simplificação dos documentos de habilitação¹⁶⁰.

A forma de implementação também indica o grau de detalhamento das regras de função derivada. Com exceção da forma de “preferência genérica”, a maior parte é mais detalhada, na medida em que não apenas autoriza o uso de uma preferência ou obrigação como forma de estímulo ao grupo ou atividade, mas também especifica como essa preferência ou obrigação será operacionalizada.

¹⁵⁸Mencione-se, por exemplo, a possibilidade de imposição de obrigação contratual de aquisição de produtos e serviços nacionais constante no art. 3º-A, Lei nº 11.578/2007 (“Lei do PAC”). De forma imediata, trata-se de um ônus adicional para o contratado, que por sua vez implica preferência para as empresas que fabricam produtos e serviços nacionais.

¹⁵⁹Trata-se do art. 14, parágrafo único, II, Lei do RDC, que autoriza a exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na habilitação; e do art. 68, § 1º, Lei nº 13.146/2015, que determina o impedimento de participação de editora que não forneça livros acessíveis à pessoa com deficiência.

¹⁶⁰Como nos casos previstos pela Lei Complementar nº 123/2006, que determinam a simplificação na habilitação fiscal das micro e pequenas empresas, com exigência de habilitação apenas na assinatura do contrato (art. 42), ou com a autorização para participação na licitação ainda que exista restrição de qualificação (art. 43, § 1º).

A técnica de **dispensa de licitação** é a forma mais utilizada pela legislação. Inicialmente, é importante distinguir que nem todas as hipóteses de dispensa relacionam-se com função derivada da contratação pública, conforme delimitação adotada neste livro. De fato, todas as hipóteses de dispensa flexibilizam a aplicação da isonomia, eficiência e competição, cedendo espaço para valores outros. Ademais, muitos dos dispositivos de dispensa são previstos de modo a utilizar o poder de compra estatal como instrumento de fomento de atividades consideradas relevantes para a sociedade. Contudo, procuro aqui identificar **as hipóteses em que esse objetivo foi estruturado com a adição de fim secundário e adicional ao objeto primário da contratação**. Excluem-se, portanto, as hipóteses de dispensa em que, embora haja a utilização do poder de compra estatal como instrumento de promoção de política pública, isso é feito de modo direto, sendo o objeto primário do contrato a própria política pública visada.

Além disso, as hipóteses de dispensa utilizadas como técnica de função derivada podem ser encontradas não apenas no rol do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, mas também em outras leis, sobretudo nos casos de dispensa para a contratação de entidades da administração pública.

Na Tabela 10 observa-se que das 25 regras de função derivada por meio de dispensa de licitação, apenas 2 provêm da redação original da Lei nº 8.666/1993, 13 são hipóteses que foram posteriormente acrescentadas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, e outras 10 são hipóteses de dispensa constantes em outras leis.

Tabela 10 – Origem das hipóteses de função derivada por dispensa

Tipo/origem da hipótese de dispensa	Nº de regras	% de regras
Hipóteses originais da Lei 8666	2	8%
Hipóteses acrescentadas na Lei 8666	13	52%
Hipóteses de dispensa constantes em outras leis	10	40%
Total	25	100%

Fonte: elaboração própria.

Dessa constatação, decorrem duas observações.

Primeira, quase metade das hipóteses de função derivada estruturadas na forma de dispensa de licitação (40%) não está prevista no rol do art. 24, da Lei nº 8.666/1993.

Segunda, não é correto dizer que a Lei nº 8.666/1993 já continha diversas hipóteses de dispensa relacionadas à função derivada. De fato, dentre as 15 hipóteses originais de dispensa previstas na Lei, apenas 2 podem ser enquadradas na função derivada¹⁶¹. A maior parte das hipóteses de dispensa de licitação relacionadas à função derivada foi sendo acrescentada, portanto, ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993.

Ainda quanto às hipóteses de dispensa, em relação ao tipo da lei de origem (se geral de contratação ou setorial), observa-se que a maior parte (68%) é originária de leis setoriais, enquanto o restante (32%) origina-se de leis gerais de contratação.

Já em relação aos objetivos visados pelas regras de dispensa, conforme se observa abaixo (Tabela 11), a maioria das regras (40%) tem por objetivo as entidades da administração pública, isto é, preveem regras de dispensa para a contratação de entidades públicas em geral¹⁶² ou para a contratação de ente público específico¹⁶³.

¹⁶¹ São as hipóteses contidas no art. 24, inciso VIII (dispensa de licitação para contratação de entidades da administração pública) e inciso XIII (dispensa de licitação para a contratação de instituição sem fins lucrativos de pesquisa, do ensino, desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social do preso).

¹⁶² Como, por exemplo, a hipótese de dispensa de licitação para contratação de entidades da administração pública criadas antes da promulgação da Lei nº 8.666/1993 (art. 24, VIII, Lei nº 8.666/1993).

¹⁶³ Como no caso da hipótese de dispensa de licitação para a contratação, pela administração, da empresa pública federal Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH (art. 5º, Lei nº 12.550/2012).

Tabela 11 – Hipóteses de função derivada por dispensa, conforme setor

Hipóteses de dispensa, por objetivo/setor		
Objetivo	Regra – nº	Regra – %
Entidades da AP	10	40%
P,I&D	3	12%
Agrícola	2	8%
Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	2	8%
Saúde	2	8%
Social	2	8%
Comunicação	1	4%
Desenvolvimento sustentável	1	4%
Energia	1	4%
Portadores de deficiência	1	4%
Total	25	100%

Fonte: elaboração própria.

Outro aspecto interessante da técnica de dispensa diz respeito ao objeto sobre o qual ela incide: conforme tabela a seguir (Tabela 12), a dispensa incide majoritariamente sobre grupos (52%), seguida por misto (32%) e, somente então, sobre atividades (16%).

Tabela 12 – Hipóteses de função derivada por dispensa, conforme objeto

Objeto	Regra – nº	Regra – %
Grupo	13	52%
Misto	8	32%
Atividade	4	16%
Total	25	100%

Fonte: elaboração própria.

Em relação à função derivada operacionalizada pela técnica de **critério de seleção das propostas**, foram encontrados 9 exemplos, o que representa

12% do total. Nesses casos, a função derivada é operacionalizada por meio da inclusão de critérios específicos a serem considerados para a definição da maior vantajosidade (incluídos critérios de desempate de propostas), ou, ainda, por meio da colocação de fator de preferência no julgamento técnico ou de preço das propostas apresentadas. A Tabela 13, a seguir, mostra os principais critérios de classificação dessas regras de seleção da proposta.

Tabela 13 – Preferência na seleção da proposta

Lei nº	Objeto da lei	Descrição	Setor	Facult. ou obrig.
1) Lei 8666/93	Contratação	Preferência às empresas brasileiras no desempate de propostas (art. 3º, § 2)	Indústria nacional	Obrig.
2) Lei 8987/95	Contratação	Preferência às empresas brasileiras, em igualdade de condições, no desempate de propostas (art. 15, § 4º)	Indústria nacional	Obrig.
3) Lei 9787/99	Política setorial	Preferência de aquisição, no âmbito do SUS, de medicamentos genéricos, desde que em igualdade de preços (art. 3º, § 2º)	Saúde	Obrig.
4) LC 123/06	Política setorial	Preferência na escolha de proposta de MPE em caso de "empate" (até 10% a mais do menor preço ofertado) (art. 44 e 45)	Micro, peq. e média empresa	Obrig.
5) Lei 11284/06	Política setorial	Julgamento de proposta técnica com consideração dos impactos ambientais, benefícios sociais e agregação de valor local (art. 26, II)	Desenv. sustent.	Obrig.
6) Lei 12187/09	Política setorial	Preferência para as propostas que propiciem redução do consumo de recursos naturais e emissão de gases (art. 6º, XII)	Desenv. sustent.	Obrig.

Lei nº	Objeto da lei	Descrição	Setor	Facult. ou obrig.
7) Lei 12349/10	Contratação	Margem de preferência para produtos e serviços nacionais – até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, §§ 5º a 9º, Lei 8666)	Indústria nacional	Facult.
8) Lei 12349/10	Contratação	Margem de preferência para produtos e serviços do Mercosul – até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, § 10, Lei 8666)	Internac.	Facult.
9) LC 147/14	Política setorial	Preferência para a contratação de MPE sediadas local ou regionalmente – até 10% do melhor preço válido (art. 48, § 3, LC 123/2006)	Micro, peq. e média empresa	Facult.

Fonte: elaboração própria.

Do total de nove regras, quatro (linhas 1, 2, 3 e 4) são preferências a serem adotadas como critério de desempate – isto é, em havendo igualdade de condições ofertadas entre propostas diferentes, aplicar-se-á o critério de desempate trazido pela regra de função derivada (nos casos: empresa brasileira, medicamento genérico, e micro e pequena empresa). Há também uma preferência genérica a ser considerada na definição da melhor proposta técnica (linha 5: consideração dos impactos ambientais, benefícios sociais e agregação de valor local), e outra preferência genérica para objetos que atendam determinada regra derivada (linha 6: redução do consumo de recursos naturais e emissão de gases).

As outras três regras determinam que a priorização será efetivada por meio de percentual de preferência no valor da proposta apresentada. Dessas regras, duas estão previstas na Lei nº 8.666/1993 (linhas 7 e 8), que colocam uma margem de preferência de até 25% do valor da proposta, enquanto a outra está prevista na Lei Complementar nº 123/2006 (linha 9), que prevê margem de até 10% do valor da proposta. A técnica de

operacionalização da função derivada adotada por essas três regras é a mesma, com diferença apenas no percentual da preferência a ser concedida e, claro, no grupo ou na atividade beneficiada.

As regras da Lei nº 8.666/1993 aplicam-se para preferências de produtos nacionais e do Mercosul, sendo que ambas preveem margem de preferência de até 25% do valor oferecido por produtos estrangeiros. Já as regras contidas na Lei Complementar nº 123/2006 preveem preferência às micro e pequenas empresas sediadas no município ou na região do ente público contratante. Em ambos os casos, contudo, a consequência é a mesma: poderá ser escolhida uma proposta mais cara (em até 10% ou 25%) do que outra ofertada no procedimento de contratação, como forma de incentivar o grupo objeto da regra de função derivada por meio da facilitação (preferência) do acesso às contratações públicas.

3.6.7 Facultatividade ou obrigatoriedade na aplicação das regras?

As regras selecionadas colocam a função derivada tanto como obrigatória – a ser necessariamente observada pelo ente contratante –, quanto como facultativa – conferindo, portanto, alternativa ao ente contratante. A proporção observada é equivalente, conforme Tabela 14. Como apontado acima, não foi encontrada nenhuma regra que vede a utilização da função derivada.

Tabela 14 – Facultatividade x Obrigatoriedade da regra

Aplicação da regra	Regra – nº	Regra - %
Facultativa	39	50%
Obrigatória	39	50%
Total	78	100%

Fonte: elaboração própria.

Aqui, interessante notar que quase todas as regras de “preferência genérica” (13, de um total de 14) – que comandam apenas uma preferência a ser concedida, sem especificação da forma para operacionalização dessa preferência – são de aplicação obrigatória. Assim, a técnica de preferência genérica representa 33% das regras de caráter obrigatório. Ou seja, ainda que o legislador não detalhe a forma de operacionalização da preferência, ainda assim ele a colocou como de aplicação obrigatória.

3.6.8 Principais achados da pesquisa legislativa

Após construir o cenário legislativo da função derivada, os principais achados da pesquisa legislativa podem ser assim elencados:

(i) Foram encontradas apenas hipóteses que autorizam ou impõem a função derivada; não foi encontrada nenhuma previsão que a vede.

(ii) A edição de novas hipóteses de função derivada intensificou-se a partir do ano de 2006, com ápice entre os anos de 2009 e 2012.

(iii) A grande maioria das hipóteses de função derivada (71% das regras) origina-se de leis setoriais, não de leis gerais de contratação pública, sendo que a maior parte das regras está prevista exclusivamente em leis setoriais (58% das regras). Ou seja: a maior parte das hipóteses de função derivada (71% das regras) é trazida por leis setoriais (origem) e assentada no ordenamento jurídico (destino) tanto em leis setoriais (maior parte – 58% das regras), mas também nas leis gerais de contratação (13% das regras). Há, ainda, hipóteses veiculadas (origem) e previstas (destino) por leis gerais de contratação (29% das regras). Não foi encontrada nenhuma regra de função derivada que se origine de lei geral contratação e seja prevista em lei setorial.

(iv) A maioria (embora por uma pequena margem – 56%) das regras de função derivada é voltada para situações (grupo ou atividade) ou objetos específicos. Essa conclusão converge com a

constatação anterior, de que a maior parte das regras de função derivada é oriunda e consta de políticas setoriais relacionadas à origem e ao destino das regras, embora a proporção (percentuais específicos) seja diferente. Dessa forma, algumas regras têm abrangência diferente do tipo de lei que a origina e a prevê (regras gerais veiculadas/contidas por leis setoriais, e regras específicas veiculadas/contidas por leis gerais).

(v) Diversos setores são visados pelas regras de função derivada. Em regra, a função derivada é estruturada visando mais diretamente a um determinado grupo/setor (64%), e não a uma atividade. Disso decorre que a função derivada beneficia, em geral, um grupo específico.

(vi) Para a implementação da função derivada, adotam-se, majoritariamente, técnicas de preferência direta, isto é, o grupo ou a atividade visada é beneficiada por meio da concessão de alguma preferência no processo de contratação.

(vii) Entre as regras de função derivada selecionadas, foram encontradas sete diferentes técnicas de operacionalização: dispensa de licitação (32%), preferência genérica (18%), obrigação contratual (15%), definição de objeto (12%), seleção da proposta (12%), contratação exclusiva (6%) e requisitos diferenciados na habilitação (5%).

(viii) A dispensa de licitação é a principal técnica de implementação da função derivada utilizada.

(ix) Sobre a dispensa de licitação, os dados mostram que: 1) Quase metade dessas hipóteses (40%) não está prevista no rol do art. 24, da Lei nº 8.666/1993. 2) Não é correto dizer que a Lei nº 8.666/1993 continha, desde sua publicação, diversas hipóteses de dispensa relacionadas à função derivada. De fato, dentre as quinze hipóteses originais de dispensa previstas na lei, apenas duas podem ser enquadradas na função derivada, conforme definição adotada neste trabalho. A maior parte das hipóteses de dispensa de licitação relacionadas à função derivada foi sendo acrescentada, portanto, ao longo da vigência da Lei nº 8.666/1993. 3) A grande maioria são hipóteses de dispensa para entidade da administração pública.

(x) Há equivalência entre regras que colocam a função derivada como obrigatória (a ser necessariamente observada pelo

ente contratante) e como facultativa (conferindo, portanto, a possibilidade ao ente contratante). Quase todas as regras de “preferência genérica” são de aplicação obrigatória (13, de um universo de 14), sendo que ao mesmo tempo em que o legislador preocupa-se em conferir um caráter de obrigatoriedade à regra de função derivada, ele não traz indicação da forma como aquela regra (no caso, preferências) será operacionalizada durante o processo de contratação pública, reduzindo o grau de imposição de sua aplicação ao gestor.

3.7 O uso da função derivada sem previsão legal expressa

No item anterior, buscou-se um levantamento exaustivo das hipóteses expressas – ainda que mais genéricas – de função derivada no direito positivo, de modo a descrever seu cenário atual, a partir de diferentes variáveis.

Uma das conclusões decorrentes da observação do marco legal é a de que o legislador tem se preocupado em editar diversas leis, notadamente leis de políticas setoriais, com expressa autorização para o uso indireto do poder de compra estatal como instrumento para a promoção de fins públicos.

E, conforme visto no item 3.6.6, há hipóteses em que o legislador prevê a função derivada de forma bastante genérica (apontando apenas que será concedida alguma preferência), ou de forma mais detalhada (identificando a forma específica de operacionalização da função derivada no âmbito da contratação pública).

Ocorre que, ainda assim, há casos práticos de uso da função derivada sem prévia previsão legal expressa. Nesses casos, **o fundamento legal para o uso da função derivada dá-se apenas em relação ao fim a ser alcançado, não em relação ao instrumento a ser utilizado** (no caso, as contratações públicas). Em outras palavras, há uma previsão legal

que estabelece determinado fim como um objetivo de política pública, a ser perseguido (protegido e promovido) pelo Estado. A norma finalística, contudo, não estabelece expressamente os instrumentos a serem utilizados para que esse fim seja alcançado ou mesmo não prevê expressamente o uso das contratações públicas como um dos instrumentos a ser utilizado para a implementação do objetivo especificado.

Justamente porque não há previsão legal expressa, o levantamento exaustivo desses casos é bastante difícil – o que não impede, contudo, que essa prática seja assinalada, bem como alguns exemplos sejam identificados, ainda que de forma não exaustiva. Essa análise é importante, pois revela uma prática da gestão pública, que vem utilizando a função derivada das contratações públicas ainda quando não há uma previsão legal expressa nesse sentido.

Exemplos relevantes e conhecidos são os casos de função derivada como instrumento de política de desenvolvimento industrial nacional, por meio de exigências de investimentos e conteúdo locais mínimos.

Nesse sentido, no setor petrolífero, citem-se as cláusulas de investimento em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (“P,D&I”) e em conteúdo nacional nos contratos de produção e exploração petrolífera.¹⁶⁴ Apesar de essas cláusulas serem previstas nos contratos desde a “Rodada Zero” (que formalizou, em 1998, a concessão de blocos entre União e Petrobras, após a edição da Lei nº 9.478/1997), apenas em 2010, com a Lei nº 12.351, houve previsão legal expressa sobre cláusulas de conteúdo local¹⁶⁵ – inexistindo, até hoje, previsão legal expressa sobre obrigatoriedade de investimentos em P,D&I.

¹⁶⁴ A documentação relativa às rodadas de licitação dos contratos de concessão e partilha de produção está disponível em: http://www.brazilrounds.gov.br/portugues/contratos_e_editais.asp. Acesso em: 08/02/2016.

¹⁶⁵ Apesar de, atualmente, existir previsão legal expressa sobre conteúdo local em contratos públicos de petróleo, houve experiências sem essa expressa previsão legal, motivo pelo qual analiso esse exemplo no presente item.

Tendo em vista os interesses nacionais estratégicos relacionados à soberania e ao desenvolvimento nacional, a política energética nacional impõe, entre outras diretrizes, o desenvolvimento da indústria petrolífera, que envolve ampla e importante parcela do setor produtivo nacional. O objetivo a longo prazo é a formação de uma indústria local capaz de substituir as importações e, com isso, manter no próprio país as riquezas que podem ser geradas pela exploração de um recurso natural.

Para isso, foram previstos dois mecanismos que, embora de cumprimento independente, são inter-relacionados em seus objetivos. Trata-se da obrigatoriedade de a empresa petrolífera investir, nas atividades de produção e exploração petrolífera, (i) um percentual mínimo em atividades P,D&I; e (ii) um percentual mínimo em conteúdo nacional. Esses mecanismos foram previstos na forma de obrigação contratual e, originalmente, sem previsão legal autorizativa expressa.

Os contratos de petróleo e gás têm por objetivo primário autorizar a exploração, pela empresa petrolífera, de alguma etapa da cadeia de petróleo e gás, nos termos da legislação aplicável – obrigando-se a empresa, em contrapartida, a realizar investimentos mínimos, por sua conta e risco, e a pagar participações governamentais à União. As cláusulas de investimento em P,D&I e em conteúdo local, por sua vez, adicionam, cada uma, um novo fim, a ser perseguido na execução contratual: o estímulo à pesquisa e inovação no país e o estímulo à indústria petrolífera nacional, ambos com impactos positivos para o desenvolvimento socioeconômico do país. Nesse sentido, essas cláusulas operacionalizam a função derivada do contrato, na medida em que incluem nova finalidade (estímulo à pesquisa e inovação, e ao setor produtivo nacional) a ser perseguida pelos contratos públicos de petróleo e gás.

As cláusulas de conteúdo local obrigam as empresas petrolíferas, no exercício das operações e atividades autorizadas pelo contrato de

exploração e produção celebrado com a União (representada pela Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustível – ANP), a contratarem um percentual mínimo de bens e serviços brasileiros, gerando, com isso, uma demanda para a indústria nacional dedicada ao setor.

As cláusulas de conteúdo local foram expressamente previstas em lei apenas no ano de 2010, com a promulgação da Lei nº 12.351. Referida lei, que regulamenta a exploração e produção de petróleo por meio do regime de partilha de produção, previu o conteúdo local como cláusula obrigatória dos contratos de partilha de produção,¹⁶⁶ bem como alterou a Lei nº 9.478/1997 (que regula a política energética nacional e as atividades de exploração petrolífera) para incluir a previsão de conteúdo local também no regime de concessão.¹⁶⁷

Apesar da recente previsão legal, essas cláusulas vêm sendo utilizadas desde a Rodada Zero, em que o contrato de concessão determinava uma preferência para produtos brasileiros, **“desde que disponíveis em**

¹⁶⁶ A Lei nº 12.351/2010 prevê o seguinte em relação aos contratos de partilha de produção: “Art. 2, VIII - **conteúdo local**: proporção entre o valor dos bens produzidos e dos serviços prestados no País para execução do contrato e o valor total dos bens utilizados e dos serviços prestados para essa finalidade; Art. 10. Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências: (...) III - propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção: (...) e) o **conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional**; Art. 15. O edital de licitação será acompanhado da minuta básica do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente: (...) VIII - o **conteúdo local mínimo e outros critérios relacionados ao desenvolvimento da indústria nacional**;”.

¹⁶⁷ De fato, a inclusão foi feita no artigo que arrola as competências do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), conforme art. 2º, inciso X, da Lei nº 9.478/1997: “Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: (...) IX - definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento; X - **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**, observado o disposto no inciso IX”. Ressalte-se inexistir regra de conteúdo local nos artigos que preveem as cláusulas mínimas dos editais e contratos de concessão (art. 37, art. 43 e art. 44, Lei nº 9.478/1997).

condições de preço, prazo e qualidade comparáveis aos produtos estrangeiros” (cláusula 18.1.1, minuta do contrato de concessão).

A partir da 1ª Rodada, em 1999, os contratos passaram a prever, além de uma cláusula de preferência geral para os produtos nacionais (cláusula 18.2, contrato de concessão), o comprometimento, pela licitante, de um percentual mínimo de produtos e serviços nacionais a ser utilizado nas operações (cláusula 18.2.1, minuta do contrato¹⁶⁸) – percentual que entrava nos critérios de julgamento das propostas (item 9, edital)¹⁶⁹. Embora haja algumas alterações entre as diversas rodadas ocorridas desde então, essa lógica permanece até as rodadas mais atuais (sendo a última publicada, a 13ª Rodada, prevista para o ano de 2015), inclusive na 1ª Rodada de outorga de blocos sob o regime de partilha de produção (ano de 2013). A regulamentação normativa do tema, no âmbito da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP), veio somente no ano de 2007, quando a agência dispôs sobre

¹⁶⁸ Minuta do Contrato: “18.2.1 Além das exigências do parágrafo 18.2, o Concessionário: (a) durante a Fase de Exploração, comprará de Fornecedores Brasileiros um montante de bens e serviços de forma que a Porcentagem dos Investimentos Locais na Fase de Exploração seja igual a ___ (___ por cento); e (b) durante a Etapa de Desenvolvimento da Produção, para cada Área de Desenvolvimento, caso houver alguma, comprará de Fornecedores Brasileiros um montante de bens e serviços de forma que a Porcentagem dos Investimentos Locais na Etapa de Desenvolvimento da Produção seja igual a ___% (___ por cento)”.

¹⁶⁹ Edital: “8. O julgamento das ofertas dos concorrentes habilitados será feito mediante a atribuição de pontos e pesos, conforme indicado a seguir. (...) 8.2 Compromisso com Aquisição Local de Bens e Serviços na Fase de Exploração: É o valor ofertado, em percentual, relativo a compromisso de aquisição local de bens e serviços na fase de exploração, prestados por empresas constituídas segundo a definição do Contrato de Concessão. Para o compromisso com aquisição local de bens e serviços na fase de exploração não será exigida oferta mínima, mas ofertas acima de 50% serão tratadas como sendo 50%. Nota B = [(percentual ofertado) / (maior percentual ofertado)] x 3; 8.3 Compromisso com Aquisição Local de Bens e Serviços na Fase de Desenvolvimento: É o valor ofertado, em percentual, relativo a compromisso de aquisição local de bens e serviços na fase de desenvolvimento, prestados por empresas constituídas segundo a definição do Contrato de Concessão. Para o compromisso com aquisição local de bens e serviços na fase de exploração não será exigida oferta mínima, mas ofertas acima de 70% serão tratadas como sendo 70%. Nota C = [(percentual ofertado) / (maior percentual ofertado)] x 12; 8.4 Nota Final do Concorrente: Nota Final = Nota A + Nota B + Nota C”.

a fiscalização do cumprimento dos percentuais mínimos de conteúdo local pelas empresas petrolíferas.¹⁷⁰

Já em relação às cláusulas de investimento em atividades de P,D&I, não há, até hoje, previsão legal expressa nesse sentido. Há apenas referências genéricas, na Lei nº 9.478/1997, quanto à competência da ANP para estimular a pesquisa e inovação no setor petrolífero, e ao fomento à pesquisa e inovação como um dos objetivos a serem perseguidos pelo setor, sem indicação dos meios a serem utilizados para tal fomento.¹⁷¹

Ainda assim, desde a Rodada Zero os contratos de exploração e produção estabelecem a obrigação de a empresa petrolífera investir um

¹⁷⁰ Trata-se dos seguintes diplomas: Resolução ANP nº 37, de 13/11/2007, que aprova o Regulamento ANP nº 7/2007 (Critérios e procedimentos para cadastramento e credenciamento de entidades para Certificação de Conteúdo Local); Resolução ANP nº 38, de 13/11/2007, que aprova o Regulamento ANP nº 8/2007 (Critérios e procedimentos de Auditoria nas empresas de Certificação); e Resolução ANP nº 39, de 13/11/2007, que aprova o Regulamento ANP nº 9/2007 (Periodicidade, formatação e o conteúdo dos relatórios de investimentos). Ressalte-se que a Resolução ANP nº 36, de 13/11/2007 (que aprovava o Regulamento ANP nº 6/2007 – Critérios e procedimentos para execução das atividades de Certificação) foi revogada pela Resolução ANP nº 19, de 14/06/2013 (que prevê os critérios e procedimentos para execução das atividades de Certificação de Conteúdo Local).

¹⁷¹ A competência genérica da ANP já constava na redação original da Lei nº 9.478/1997, sendo que o fomento à pesquisa e inovação como objetivo do setor foi adicionado pela Lei nº 12.490/2011. Nesse sentido, a redação atual da Lei nº 9.478/1997: "Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: XVII - fomentar a pesquisa e o desenvolvimento relacionados à energia renovável; (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011); Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento".

determinado percentual de sua receita em atividades de P,D&I.¹⁷² Embora haja algumas diferenças de redação entre as cláusulas dos diferentes contratos, o cerne da obrigação permanece o mesmo: a obrigação de empresa contratada investir um percentual mínimo da receita obtida com a exploração petrolífera em atividades de P,D&I (conforme regras delineadas pelos contratos), criando uma demanda que estimula a oferta de serviços e atores da cadeia de pesquisa e inovação no país. Para além dessas disposições contratuais, a ANP publicou, no final do ano de 2005, o Regulamento Técnico nº 5 (aprovado pela Resolução ANP nº 33, de 25/11/2005), que disciplina a aplicação desses recursos pelas empresas contratadas. Atualmente, o diploma vigente que regula as regras de investimento em P,D&I é o Regulamento Técnico ANP nº 3/2015, aprovado pela Resolução ANP nº 50/2015.

Outro exemplo importante a ser mencionado são as “licitações verdes”, que de fato vinham sendo realizadas antes mesmo da alteração no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que incluiu a busca pelo “desenvolvimento nacional sustentável” como um dos fins da licitação. O movimento nasce antes de uma regulamentação sobre o tema – o que ensejava certa insegurança jurídica, sobretudo para os gestores, para a inclusão de preferências de sustentabilidade nos procedimentos de contratação pública. Em âmbito federal, a normatização veio no ano de 2008, com a Portaria nº 61/2008, do Ministério do Meio Ambiente, e, posteriormente, com a Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento,

¹⁷² Na Rodada Zero e na 1ª Rodada, a obrigação era estabelecida na cláusula 22.2. A partir da 2ª Rodada, passou a ser regulada na cláusula 24ª. Cite-se, aqui, o primeiro item dessa cláusula, conforme minuta de contrato da 13ª Rodada: “24.1. Caso a Participação Especial seja devida para um Campo em qualquer trimestre do ano calendário, o Concessionário será obrigado a realizar Despesas Qualificadas como Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação nas áreas de interesse e temas relevantes para o setor de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, em montante equivalente a 1% (um por cento) da Receita Bruta da Produção para tal Campo”. No Contrato de Partilha, essa obrigação é regulada pela cláusula 7ª.

Orçamento e Gestão (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 188).¹⁷³ Esses diplomas infralegais são anteriores à Lei nº 12.349, de 15/12/2010, que previu que o desenvolvimento nacional deveria ser perseguido de forma **sustentável**.¹⁷⁴

A inserção da palavra “sustentabilidade” no art. 3º, caput, Lei nº 8.666/1993, conferiu novo fôlego à utilização das contratações públicas para a efetivação de políticas socioambientais, por meio das chamadas de “licitações verdes” ou “licitações sustentáveis”. Ainda que esse uso já viesse sendo feito com embasamento nas disposições constitucionais que impõem a proteção do meio do ambiente como dever de todos – inclusive do poder público –, a inclusão da palavra “sustentável” na lei geral de licitações e contratos passou a ser entendida por atores como uma autorização explícita para a colocação de preferências ou obrigações adicionais nas contratações públicas, com vistas à realização de fins de proteção socioambiental.

Temos ainda como exemplo de uso de função derivada sem expressa previsão legal as medidas de compensação ou cláusulas de “*offset*”, utilizadas especialmente nas contratações estratégicas da área de defesa.

Como seu próprio nome já indica, as medidas de compensação impõem ao contratado que ele promova uma determinada medida para compensar os benefícios que irá auferir com a contratação. Busca-se, com isso, tornar a contratação mais vantajosa para ambos os lados, com o fornecedor comprometendo-se a executar, além do próprio

¹⁷³ O estudo aponta ainda o seguinte: “Desde 2008, há vontade política do Ministério do Planejamento e do Ministério do Meio Ambiente em disciplinar as compras públicas sustentáveis. Pode-se afirmar que a construção da política de compras públicas sustentáveis na esfera federal foi fundamentalmente movida por ambas as instituições, cujas práticas internas, regulamentação favorável à sustentabilidade no âmbito público e diálogos com outros órgãos e entes administrativos suscitaram a disciplina jurídica das compras públicas sustentáveis”.

¹⁷⁴ Conforme será abordado no item 3.8.1.1, de fato inexistia na medida provisória a previsão da palavra “sustentável”, incluída pelo relator apenas no momento da conversão do projeto de lei.

objeto do contrato, outras medidas – relacionadas ou não a ele – de interesse do contratante. Essas medidas, por sua vez, deverão gerar benefícios comerciais, industriais ou tecnológicos para o órgão público contratante – normalmente, o desenvolvimento ou a capacitação da indústria nacional, em setores relacionados com a área de competência do ente contratante.

Trata-se de obrigações que o contratado assume como contrapartida pela sua escolha para a execução do contratual, como forma de “melhor compensar” o ente contratante pelos ônus com a contratação. São, assim, obrigações adicionais assumidas pelo futuro contratado, não originárias e nem essenciais à sua função primária (e, por vezes, nem mesmo relacionadas ao objeto da contratação, como no caso das compensações indiretas), exigidas e ofertadas como contrapartida pela celebração contrato.

As medidas de compensação podem ser previstas por mecanismos diversos, e impõem ao contratado a realização de atividades – tais como transferência de tecnologia ou treinamento – que irão beneficiar determinado grupo. Em geral, elas são utilizadas em contratações estratégicas que envolvem a importação de bens ou serviços, de modo a compensar a indústria nacional pelo uso de recursos públicos com produtos estrangeiros. Nesses casos, o contratado assume, por exemplo, obrigações de transferência e licenciamento de tecnologia, bem como de treinamento, para entes brasileiros (públicos ou privados) que serão capazes de receber essas tecnologia e replicá-la para a base da indústria nacional, trazendo desenvolvimento e inovação para o setor produtivo.

Apesar de, por vezes, serem referidas como “cláusulas de *offset*”, as medidas de compensação formalizam-se, em geral, por intermédio de um ou de vários contratos (acordo ou contrato de compensação ou “*offset*”), acessórios ao contrato principal. As partes desses acordos de compensação, por sua vez, podem ser, além do contratante e contratado, também eventuais fornecedores do contratado, bem

como entes beneficiados com as medidas de compensação (e que não necessariamente serão entidades da administração pública).

Ainda quando celebradas como um contrato próprio, por serem acessórias a uma contratação (e deverem ser implementadas ao longo da execução do contrato principal), as medidas de compensação podem ser consideradas como uma técnica de função derivada operacionalizada por meio de cláusula obrigação contratual.

Conforme será visto no item 3.8.2, as medidas de compensação foram expressamente previstas em lei apenas no ano de 2010 (com a inclusão art. 3º, § 11, Lei nº 8.666/1993, pela Lei nº 12.349/2010), sendo posteriormente trazidas pela lei específica de contratações de defesa (Lei nº 12.598/2012) e em alteração promovida na lei de política de inovação (Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/2016).

No entanto, o próprio conjunto de decisões do TCU selecionadas no referido item 3.8.2 permite constatar que as medidas de compensação já eram utilizadas antes da expressa previsão legal dessa técnica: os acórdãos referem-se a programas iniciados antes do ano 2010, e pôde-se, inclusive, identificar um caso de uso de compensações em compra de aeronaves realizada no ano de 1975. Além disso, existe uma portaria do Ministério da Defesa, editada em 2002 (Portaria Normativa nº 764) e até hoje vigente, que regula a aplicação de medidas de compensação nas contratações de defesa.

Nesses casos, o fundamento legal da aplicação das medidas de compensação são as competências legais das Forças Armadas, de defesa da soberania nacional. As compensações buscam fomentar a indústria nacional da defesa e, com isso, viabilizar o desenvolvimento e a independência do país para sua proteção militar.

Esses exemplos são apenas minoria frente às práticas de função derivada da contratação pública, sem expressa previsão legal, que vêm

sendo adotadas por diferentes entes públicos brasileiros, nas diferentes esferas federativas. Os possíveis conflitos e limites da função derivada serão analisados no Capítulo 5, mas já destaco três questões que se mostram particularmente relevantes no uso da função derivada sem expressa previsão legal: legalidade, transparência e segurança jurídica.

3.8 Estudo de casos

No item 3.6, identifiquei o cenário legislativo de função derivada atualmente vigente no país, em âmbito nacional. O objetivo foi depreender, a partir de uma perspectiva agregada dos dados, como o movimento da função derivada vem sendo construído pelo legislador. Naquele momento, as regras específicas de função derivada foram citadas apenas para exemplificar a análise e os dados agregados apresentados.

Além disso, consignei no item 3.7 a prática da função derivada sem expressa previsão legal, ressaltando a dificuldade de se exaurir a descrição desses casos.

O presente item, por sua vez, visa a aprofundar a compreensão da prática da função derivada, a partir do estudo de casos específicos. Para viabilizar essa tarefa, escolhi casos em que poderei detalhar, para cada um, seu arcabouço legislativo e sua interpretação pelos órgãos de controle.

Selecionei três casos de função derivada. Dois deles estão atualmente previstos na Lei nº 8.666/1993, trazidos pela alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010, quais sejam: *(i) margem de preferência para bens e serviços nacionais* (art. 3º, §§ 5º ao 9º); e *(ii) medidas de compensação* (art. 3º, § 11). A relevância das alterações promovidas por essa lei explica-se pelo locus da inclusão dessa hipótese de função derivada e sua abrangência: a principal lei geral de licitações e contratos administrativos do país, cumulada com sua abrangência incidente

sobre qualquer contratação pública – e não apenas na aquisição de um determinado bem ou serviço, a partir de autorização em uma política (e lei) setorial (como, por exemplo, a Lei nº 8.248/1991, que contém preferência específica para as aquisições na área de informática).

Irei, ainda, analisar (iii) as **preferências trazidas às micro e pequenas empresas** pela Lei Complementar nº 123/2006, que são igualmente aplicáveis a todas as contratações públicas.

Embora chame essa análise de “estudo de caso”, trata-se, sim, de estudo de hipóteses de função derivada agregadas por tema (preferência nacional, obrigação contratual de compensação e preferências às micro e pequenas empresas), em que analiso o contexto institucional de cada “caso” de função derivada. Optei por assim fazê-lo, pois entendi que, se fosse selecionar apenas um caso (ou um conjunto de casos semelhantes), o universo escolhido seria pouco representativo, perdendo-se o propósito dedutivo deste estudo de casos.

Assim, para cada estudo de caso, farei uma análise descritiva inicial, com a apresentação das regras de função derivada relacionadas ao tema, os objetivos identificáveis, os atores envolvidos e suas competências, e o detalhamento da operacionalização da função derivada. Na exposição de motivos da lei, buscarei ainda identificar a razão da escolha da função derivada como instrumento de implementação do fim visado e das características com que foi prevista.

Em seguida, a análise descritiva das normas será complementada pela jurisprudência, para melhor compreender o fenômeno da função derivada em relação ao caso concreto e, mais especificamente, às matizes de como ela é adotada – e judicialmente aceita – na prática. Para isso, a busca da jurisprudência referente a cada caso será realizada nos seguintes tribunais: (i) Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁷⁵; (ii) Superior

¹⁷⁵ Pesquisa livre realizada no site de pesquisa de jurisprudência do tribunal, incluindo acórdãos e decisões monocráticas: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Tribunal de Justiça (STJ)¹⁷⁶; e (iii) Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁷⁷. A pesquisa no TCU justifica-se pela relevância da atuação desse ente na modulação das práticas de contratações públicas. Em relação ao STF e STJ, estou ciente da possível ausência de decisões relevantes nesses tribunais; ainda assim, julgo válida a tentativa, com vistas a verificar o eventual posicionamento do Judiciário em relação aos temas analisados.

Ainda em relação à jurisprudência, a pesquisa de decisões procurou ser exaustiva, realizada a partir das palavras-chave referentes à função derivada em específico, cumulada com expressões já utilizadas para a pesquisa legislativa (conforme item 3.6), bem como da análise de outros precedentes referenciados nas decisões encontradas. Uma vez selecionadas as decisões referentes a cada caso, elas foram analisadas com ênfase nos pontos centrais para este trabalho: quais os limites da aplicação da função derivada; como equilibrá-la com os valores de isonomia e eficiência; como medir e assegurar a eficácia da função derivada; e eventuais outras tensões geradas pela função derivada, em contraposição com valores igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico de contratações públicas.

3.8.1 Margem de preferência para bens e serviços nacionais

Neste item, analisarei a margem de preferência para bens produzidos e serviços prestados no país (art. 3º, §§ 5º a 10, Lei nº 8.666/1993) – hipótese de função derivada introduzida pela Lei nº 12.349/2010 em lei geral de contratações públicas e aplicável, em princípio, para qualquer tipo de objeto a ser contratado.

¹⁷⁶ Pesquisa livre realizada no site de pesquisa de jurisprudência do tribunal, incluindo acórdãos e decisões monocráticas: <http://www.stj.jus.br/SCON/>.

¹⁷⁷ Pesquisa livre realizada no site de pesquisa de jurisprudência do tribunal, incluindo acórdãos e decisões: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>.

3.8.1.1 Institucionalização da margem de preferência nacional

A margem da preferência para bens e serviços nacionais foi uma das hipóteses de função derivada trazidas pela Lei nº 12.349/2010 na Lei nº 8.666/1993.¹⁷⁸

A Lei nº 12.349/2010 alterou os objetivos a serem perseguidos pelas licitações, conforme listados no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, colocando, ao lado da isonomia e da obtenção da melhor proposta, também a busca pelo **desenvolvimento nacional sustentável**.¹⁷⁹

A partir dessa alteração na base finalística da contratação pública, a lei trouxe três hipóteses de função derivada: (i) margem de preferência

¹⁷⁸ A alteração legislativa surge no contexto do “Plano Brasil Maior”, que prevê diversas medidas de promoção da indústria nacional. A margem de preferência foi, assim, utilizada como um dos instrumentos para a implementação das metas dessa política. Nesse sentido, Squeff (2014) aponta, aliás, que a Política de Desenvolvimento Produtivo, que antecede o Plano Brasil Maior (PBM), também adotava o poder de compra estatal como um de seus instrumentos.

¹⁷⁹ Lei nº 8.666/1993, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

para produtos e bens produzidos no país (art. 3º, §§ 5º a 10)¹⁸⁰; (ii) medidas de compensação pelo contratado, no caso de importações necessárias para o fornecimento do objeto contratado (art. 3º, § 11)¹⁸¹; e (iii) licitação restrita a produtos e serviços com tecnologia e produção no país, no caso de sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos (art. 3º, § 12)¹⁸². O presente item trata de uma dessas inovações: **a margem de preferência para bens e produtos nacionais, conforme previsto nos parágrafos 5º a 10º.**

A Lei nº 12.349/2010 origina-se da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010 (“MP nº 495/2010”).

¹⁸⁰ Lei nº 8.666/1993, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010: “Art. 3º, § 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. § 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I - geração de emprego e renda; II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV - custo adicional dos produtos e serviços; e V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. § 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º. § 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. § 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso. § 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul”.

¹⁸¹ Lei nº 8.666/1993, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010: “Art. 3º, § 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal”.

¹⁸² Lei nº 8.666/1993, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010: “Art. 3º, § 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001”.

Na exposição de motivos da referida Medida Provisória (Exposição de Motivos nº 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18/06/2010), explica-se que as alterações propostas estão essencialmente pautadas pelo uso do poder de compra estatal para induzir o desenvolvimento nacional. As compras públicas seriam, portanto, importante instrumento para fomentar a indústria nacional, aumentando o nível de atividade econômica do país, gerando a criação de empregos e o aumento de renda, e, por conseguinte, ensejando o desenvolvimento nacional.

A exposição de motivos menciona experiências internacionais que utilizam o poder de compra estatal como instrumento de fomento da indústria nacional: Estados Unidos, com o *"Buy American Act"* (1933) e o *"American Recovery and Reinvestment Act"* (2009), que estabelecem preferências para manufaturados nacionais; China, com lei (de 2002) que estabelece preferência para manufaturados nacionais; Colômbia, com lei (de 2003) que prevê preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais; e Argentina, com lei (de 2001) que prevê preferência de 5% (7%, se micro ou pequena empresa) para bens ou serviços nacionais.

Note-se, contudo, que **inexiste explicação expressa quanto ao percentual limite de 25% de preferência nos preços ofertados para produto ou serviço nacional estabelecido pela alteração legislativa.** Quanto ao tema, a exposição de motivos apenas consigna que:

Trata-se, a propósito, de diretriz de política pública que se coaduna ao princípio isonômico, referenciado no caput do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, considerando-se o intuito do poder público em assegurar, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, adequados padrões de equilíbrio concorrencial nos certames licitatórios e, desta forma, propiciar, efetivamente, condições equânimes na oferta de produtos e serviços nacionais e estrangeiros.

Não é possível depreender, dessa justificativa, por que se adotou o limite máximo de 25% de preferência no preço, percentagem que pode ser

considerada elevada, inclusive quando comparada com os precedentes internacionais citados na própria exposição de motivos.

Por sua vez, a relevância e a urgência da medida decorreriam da necessidade de rápida promoção da indústria nacional de bens e serviços, que estaria sofrendo com a crise internacional e com **“atuação agressiva adotada por alguns países que, devido ao fraco desempenho dos seus mercados internos, estão buscando espaço nos mercados internacionais”**. Nesse sentido, a exposição de motivos ressalta ainda que **“vários países adotam práticas semelhantes, as quais foram reforçadas em função da crise internacional, deixando produtos brasileiros em desvantagem nas compras governamentais daqueles países”**.

O texto legislativo efetivamente promulgado não difere muito, em sua substância, do texto da MP nº 495/2010.

Inicialmente, incluiu-se, no *caput* do art. 3º, Lei nº 8.666/1993, um novo fim da licitação: o desenvolvimento nacional sustentável. Diante disso, e entre outras alterações, a Lei nº 12.349/2010 (conforme previsto pela MP nº 495/2010) autorizou, nos §§ 5º a 10, a concessão de preferências para produtos e serviços nacionais, de modo a viabilizar a implementação desse novo fim de desenvolvimento nacional sustentável.

O parágrafo 5º estabelece uma **“margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras”**. Veja-se que, nesse dispositivo, há, em princípio, apenas a previsão de uma preferência genérica, sem, contudo, especificar-se a técnica por meio da qual essa preferência será operacionalizada no âmbito da contratação. Embora a expressão **“margem de preferência”** possa remeter ao momento de julgamento e seja em geral relacionada à concessão de uma preferência no preço ofertado, não é possível ainda determinar a forma de aplicação do benefício previsto nesse parágrafo.

Já o parágrafo 6º determina que o uso da margem de preferência estará condicionado à realização de estudos que levem em conta

seus impactos. Esses estudos devem considerar as consequências da concessão de preferências na geração de emprego e renda, na arrecadação de tributos, na inovação tecnológica realizada no país, e no custo adicional dos produtos e serviços. Além de estudos prévios, a lei também determina que esses estudos deverão ser revistos (com a periodicidade mínima de cinco anos), considerando-se os resultados alcançados.

Note-se que a lei não estabeleceu, de forma direta, prazo máximo de duração para as margens de preferência. Mas, ao condicionar sua aplicação a estudos prévios, e posteriormente determinar a revisão desses estudos a cada cinco anos, a lei, indiretamente, delimitou a validade das margens ao prazo de cinco anos. Além disso, ainda que não tenha condicionado a prorrogação da vigência da margem de preferência por prazo inferior a cinco anos à elaboração de novos estudos, a lei obriga a consideração da “análise retrospectiva dos resultados” na revisão dos estudos, indicando, portanto, para a técnica de avaliação dos resultados já obtidos.

Ainda, como ressaltam Cymbalista, Zago e Rodrigues (2011, p. 148), **“(...) a lei não deixa claro quem será responsável por tais estudos (se a União ou cada ente federativo interessado na adoção da margem de preferência), ressaltando-se, contudo, que os temas que deverão ser abordados por eles possuem caráter nacional”**.

Previu-se também a possibilidade de uma margem de preferência adicional à estabelecida no parágrafo 5º, no caso de produtos e serviços nacionais que sejam resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológicos realizados no país (art. 3º, § 7º).

O parágrafo 8º traz duas regras extremamente relevantes para a operacionalização da função derivada. Primeira, a de que **caberá ao Poder Executivo federal definir quais serão as margens de preferência para cada produto ou serviço** (ou grupo de produto ou serviço) nacional, conforme autorizadas nos parágrafos 5º e 7º. Segunda, que a

soma dessas preferências não poderá ser maior do que 25% do preço dos produtos e serviços estrangeiros.

Portanto, a **inovação trazida pela norma parece caracterizar a preferência como critério de julgamento, a partir do preço ofertado:** para produtos e serviços nacionais, pode-se conferir uma margem de preferência de até 25% do valor oferecido por produtos estrangeiros (art. 3º, §§ 5º e 8º). Isso significa que, mesmo que produtos ou serviços brasileiros ofertem um preço até 25% maior do que a proposta de produtos ou serviços estrangeiros, ainda assim o ente contratante poderá escolher a proposta brasileira.

No entanto, pode-se questionar se a única técnica possível para a concessão de “margem de preferência” aos produtos e serviços nacionais seria a preferência no preço ofertado. Essa questão, aliás, será a principal temática no âmbito da jurisprudência do TCU, conforme abordarei em seguida, na qual se discute a possibilidade de vedação absoluta de participação de produtos e serviços estrangeiros, com base nas inovações trazidas pelos parágrafos.

O parágrafo 9º exclui a aplicação da margem de preferência para os casos em que a produção nacional não seja suficiente para satisfazer quantitativamente as necessidades do mercado nacional. Houve, assim, preocupação do legislador com a efetiva necessidade da medida – a aplicação de margem de preferência – para o objetivo visado – o estímulo ao mercado nacional. Pois, se ainda há espaço para o crescimento da oferta nacional (sendo a demanda maior que oferta), não haveria a necessidade de aplicação de medidas de preferência ao setor produtivo nacional.

Por fim, a margem de preferência, originalmente dirigida aos bens e serviços nacionais, poderá ser estendida para bens e serviços originários

dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul) (art. 3º, § 10).¹⁸³

A partir da análise desses dispositivos, verifica-se que a margem de preferência visa a incentivar o mercado produtivo nacional de bens e serviços em geral, por meio da conferência de uma condição especial a ser atribuída a esses bens e serviços, que os coloca em preferência na definição da “melhor proposta” em razão do local de produção dos bens e prestação dos serviços. Assim, caso haja, em uma licitação, a apresentação de propostas de produtos ou serviços brasileiros e estrangeiros, essas propostas serão reescaladas, sendo que as propostas nacionais ganharão “posições” (preferências) em relação às estrangeiras. Por sua vez, essa preferência de classificação a ser galgada pelas propostas nacionais não poderá representar mais do que 25% do valor da melhor proposta de produto estrangeiro.

A margem de preferência representa, assim, a colocação de uma condição não originária à contratação e ao seu objeto primário, com a redefinição da “melhor proposta” a partir de um critério que, em regra, não é original ou mesmo essencial à contratação. Isso porque o local de produção do bem ou serviço é, via de regra, indiferente para a satisfação do objeto primário, que é a aquisição do bem ou a prestação do serviço em si (nas condições técnicas especificadas).

Esse critério adicional – produção ou prestação do serviço no Brasil – objetiva incentivar a indústria nacional, seja porque se considera que ela concorre em desigualdade em relação aos concorrentes estrangeiros (“distorcendo-se” o resultado da concorrência como forma de neutralizar essa desigualdade e levar à igualdade material entre as

¹⁸³ Ressalto que a MP nº 495/2010 trazia redação um pouco diferente em relação a esse parágrafo. Inicialmente, previa-se que a margem de preferência “será estendida” para produtos do Mercosul (conferindo-lhe um teor de obrigatoriedade) e “poderá ser estendida” para outros produtos originários de países com quem o Brasil viesse a firmar acordos sobre compras governamentais. Na redação final da lei, previu-se apenas a possibilidade de extensão da margem de preferência (“poderá ser estendida”) para produtos do Mercosul, não havendo mais a previsão de aplicação para outros países, em decorrência de acordos específicos.

propostas), ou porque se busca simplesmente estimular seu crescimento (e, portanto, favorecer o setor nacional em função das consequências positivas para o desenvolvimento socioeconômico do país). Com isso, espera-se neutralizar as diferenças de custos dos fornecedores de utilidades para o comprador¹⁸⁴, vinculando as contratações públicas como instrumentos de uma política de desenvolvimento da indústria nacional, que passariam a cumprir, portanto, o novo fim da licitação: o **desenvolvimento nacional sustentável**.

Em relação ao termo “sustentável”, note-se que ele não constava na medida provisória, prevendo-se tão somente a expressão “desenvolvimento nacional”. A palavra “sustentável” foi incluída diretamente pelo relator, no momento da redação final do texto de conversão do projeto em lei (após as votações), não tendo aparecido, portanto, nem nos pareceres sobre o projeto de lei, nem nas emendas parlamentares.¹⁸⁵ Isso talvez explique por que os parágrafos trazidos pela Lei focam o tema “nacional”, nada mais explicitando em relação ao tema “sustentável”.

Ressalte-se que, desde a redação constante na MP nº 495/2010, a margem de preferência está voltada para o **objeto a ser contratado** (produto ou serviço nacional), e não ao seu fornecedor. Assim,

¹⁸⁴ Conforme site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, “Do ponto de vista da teoria econômica, o valor da margem de preferência deve ser o suficiente para equiparar assimetrias competitivas que levam a diferenças na utilidade (para o comprador) entre a melhor oferta estrangeira e a melhor oferta nacional”. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/competitividade-industrial/acoes-e-programas-10/legislacao-sobre-margem-de-preferencia-4>. Acesso em: 21/08/2016.

¹⁸⁵ Essa foi a conclusão do estudo encomendado pela Secretaria de Assuntos Legislativos (2013, p. 201) sobre as compras sustentáveis, ao analisar o histórico do processo legislativo da Lei nº 12.349/2010. Nesse sentido: “Como anteriormente afirmado, o termo “sustentável” não fazia parte da redação original da Medida Provisória 495/2010. Ele foi inserido no texto da norma no curso do processo legislativo pelo Deputado Federal Severiano Alves (PMDB-BA), o responsável pela elaboração do Parecer da Comissão Mista que avaliou o Projeto de Conversão da Medida Provisória 495/2010. O curioso é que a expressão não surgiu, em momento algum, nas emendas parlamentares ao texto da Medida Provisória; o termo “sustentável” tampouco apareceu no Parecer da lavra do Deputado Severiano Alves, composto por relatório e voto. A palavra “sustentável” foi inserida diretamente no Projeto de Lei de Conversão, publicado no dia 24 de novembro 2010”.

paralelamente à previsão da margem da preferência no art. 3º, foram incluídas definições de produto e serviço nacionais no art. 6º, da Lei nº 8.666/1993, nos seguintes termos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal;

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal.

Vê-se, pois, que o art. 3º, § 5º, estabelece uma **preferência para o objeto (bem ou serviço) que atender a determinada característica** (produção nacional), independentemente das características de seu fornecedor.¹⁸⁶ Nacional, aqui, refere-se, em princípio, ao local de fabricação do produto ou prestação do serviço, e não às características de seu fornecedor. No entanto, a definição remete à regulamentação o detalhamento dos requisitos a serem cumpridos para que a origem nacional seja plenamente satisfeita.¹⁸⁷

Uma vez que as regras trazidas pelos §§ 5º a 10 consistem em preferência para produtos e serviços nacionais, preocupou-se ainda em esclarecer que essas preferências não configuram medidas capazes de frustrar o caráter competitivo da licitação. Nesse sentido, essas hipóteses foram expressamente excluídas das condutas consideradas como redutoras da competição por trazer discriminação em razão de origem (conforme

¹⁸⁶ Ressalto que, no item 3.6, essas previsões foram classificadas como “grupo”, e não como “atividade”.

¹⁸⁷ Sobre a definição trazida pela lei, Cymbalista, Zago e Rodrigues (2011, p. 148) apontam: “Quanto aos produtos manufaturados, a lei consigna que será considerado nacional o produto que (i) tiver seu processo produtivo básico no país, ou (ii) obedecer a regulamentação a ser editada. As dúvidas residem, em suma, em determinar (i) se produtos que tenham etapas da produção executadas no exterior poderão ser considerados como nacionais e, se sim, (ii) qual parte do processo produtivo poderá estar alocada no exterior, para que o produto ainda seja considerado como nacional. No caso de serviços, a definição considera apenas o local de sua prestação. Assim, para que sejam nacionais, os serviços deverão ser prestados no Brasil. Entretanto, a definição não indica, por exemplo, a nacionalidade da mão-de-obra a ser empregada na prestação do serviço”.

art. 3º, 1º, I, Lei nº 8.666/1993)¹⁸⁸. Dito de outra forma, ainda que a margem de preferência traga uma regra discriminatória em razão da origem do produto, essa discriminação não será considerada indevida ou redutora de competição.

Destaco que o parágrafo 5º, que estabelecia, de forma genérica, a margem de preferência para produtos e serviços nacionais, foi alterado pela Lei nº 13.146/2015, que incluiu uma nova hipótese de preferência (além daquela referente à origem nacional): a preferência para produtos e serviços de empresas que comprovem o cumprimento da reserva de cargos de pessoa com deficiência ou reabilitada da Previdência Social.¹⁸⁹ Entendo, contudo, que essa regra não se enquadra na hipótese de função derivada, tal como definida na Introdução (item 1.3), uma vez que ela visa a reforçar a eficácia de norma já existente e aplicável para toda a cadeia produtiva.¹⁹⁰ No caso, já existe lei geral, aplicável para todo o setor produtivo, que impõe obrigação geral (reserva de cargos para pessoas com deficiência) para todas as empresas.¹⁹¹ A

¹⁸⁸ Lei nº 8.666/1993, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010: “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;”.

¹⁸⁹ Na nova e atualmente vigente redação da Lei nº 8.666/1993: “Art. 3º, § 5º, Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”.

¹⁹⁰ Voltarei a esse ponto quando analisar as características da função derivada (item 4.2.1), notadamente em relação à questão da não obrigatoriedade para toda a cadeia produtiva (item 4.2.1.2).

¹⁹¹ Trata-se da Lei nº 8.213/1991: “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados: 2%; II - de 201 a 500: 3%; III - de 501 a 1.000: 4%; IV - de 1.001 em diante: 5%”.

concessão de margem de preferência no âmbito das contratações públicas visa apenas a trazer maior estímulo para a observância dessa obrigação legal, colocando uma “vantagem adicional” para aqueles que a cumpram, qual seja, o acesso preferencial ao mercado das compras públicas. Assim, por se tratar de obrigação legal vigente aplicável para todo o setor produtivo, em tese, todos os interessados em contratar com o setor público farão jus a essa preferência, uma vez que todos já deveriam cumprir as obrigações legais.

Para regulamentar a aplicação das preferências trazidas pela Lei nº 12.349/2010, foi editado o Decreto nº 7.546/2011. Em relação à margem de preferência, há dois pontos relevantes trazidos pelo decreto: o detalhamento (i) da definição de produto nacional; e (ii) da aplicação da margem de preferência “normal” (prevista no art. 3º, § 5º, Lei nº 8.666/1993) e “adicional” (prevista no art. 3º, § 7º, Lei nº 8.666/1993, para produtos e serviços com desenvolvimento e inovação no país).

Na definição de serviço nacional, o Decreto nº 7.546/2011 reitera aquela já incorporada à Lei nº 8.666/1993 (art. 2º, V). Produto nacional, por sua vez, será aquele que passar por efetivo processo transformador no país, conforme o processo produtivo básico definido na Lei nº 8.387/1991 (requisitos para fazer jus aos benefícios relacionados à Zona Franca de Manaus), na Lei nº 8.248/1991 (requisitos para fazer jus aos benefícios para o setor de informática e automação) ou em ato do Poder Executivo federal (art. 2º, IV).

Em relação à aplicação da margem de preferência em si (normal ou adicional), o Decreto inicialmente esclarece que a margem de preferência consiste no **“diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros”** (art. 2º, I e II). A aplicação desse diferencial, por sua vez, permitirá assegurar a **“preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais”**.

Nessa toada, a margem de preferência normal será aplicada caso a proposta melhor classificada seja um produto ou serviço estrangeiro, sendo calculada em percentual, a partir dessa proposta (art. 3º, § 3º). Pode-se prever, ainda, uma margem adicional, caso o produto ou serviço seja resultante de desenvolvimento ou inovação no país, conforme os requisitos estabelecidos pelos Ministérios da Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo que a preferência acumulada estará limitada a 25% (art. 3º, §§ 4º e 5º).

O Decreto nº 7.546/2011 reitera, ainda, que as margens de preferência para cada produto e serviço nacional serão estabelecidas por decreto, que especificará sua abrangência (isto é, a qual produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços se destina) e quais são as normas técnicas aplicáveis ao objeto (art. 5º).

Em termos institucionais, o decreto instituiu a Comissão Interministerial de Compras Públicas (“CI-CP”), de caráter temporário, responsável, no caso da margem de preferência, por propor e acompanhar sua aplicação (art. 7º, Decreto). A CI-CP é composta pelos Ministro da Fazenda (Presidente da Comissão); Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministro da Ciência e Tecnologia e Ministro das Relações Exteriores (art. 9º).

Para subsidiar a proposição de margens de preferências para produtos e serviços, a Comissão deverá analisar os estudos setoriais realizados conforme os parâmetros determinados pelo art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666/1993 (art. 8º, §§ 1º e 2º, Decreto), e deverá considerar as diretrizes gerais das políticas industrial, tecnológica e de comércio exterior vigentes (art. 8º, § 3º, Decreto)¹⁹². Analisados os estudos, a CI-CP deverá preparar sua proposição de margem de preferência e encaminhá-la, por meio do Ministério da Fazenda, à Presidência da República (art. 8º,

¹⁹²Nesse sentido, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior promulgou a Portaria MDIC nº 279, 18/11/2011, que “Dispõe sobre o Regime de Origem para Compras Governamentais”.

§ 7º), a quem caberá editar o decreto regulamentador da margem de preferência específico para cada produto ou serviço nacional.

A partir dessa base normativa, diversos decretos federais foram promulgados para estabelecer e regular a margem de preferência nacional para produtos e serviços específicos: até a data de finalização da pesquisa, foram encontrados 17 decretos,¹⁹³ sendo apenas um referente a serviços.¹⁹⁴

Esses decretos são, em essência, bastante semelhantes entre si, prevendo o percentual de preferência a ser aplicado para o produto ou serviço brasileiro, conforme a abrangência do diploma, por prazo específico.¹⁹⁵ Nesses casos, **o decreto estabelece a obrigatoriedade da aplicação da margem de preferência**, impondo que os editais para a aquisição do produto ou serviço especificado deverão contemplar as

¹⁹³ São eles: Decreto nº 8.224/2014 (margem de preferência para aquisição de máquinas e equipamentos); Decreto nº 8.223/2014 (margem de preferência para aquisição de brinquedos); Decreto nº 8.194/2014 (margem de preferência para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação); Decreto nº 8.186/2014 (margem de preferência para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos); Decreto nº 8.185/2014 (margem de preferência para aquisição de aeronaves executivas); Decreto nº 8.184/2014 (margem de preferência para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação); Decreto nº 7.903/2013 (margem de preferência para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona); Decreto nº 7.843/2012 (margem de preferência para aquisição de disco para moeda); Decreto nº 7.840/2012 (margem de preferência para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas); Decreto nº 7.816/2012 (margem de preferência para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários); Decreto nº 7.812/2012 (margem de preferência para aquisição de veículos para vias férreas); Decreto nº 7.810/2012 (margem de preferência para aquisição de papel-moeda); Decreto nº 7.767/2012 (margem de preferência para aquisição de produtos médicos); Decreto nº 7.756/2012 (margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos); Decreto nº 7.713/2012 (margem de preferência para aquisição de fármacos e equipamentos); Decreto nº 7.709/2012 (margem de preferência para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras); Decreto nº 7.601/2011 (margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos). Pesquisa finalizada em 07/08/2016, realizada no site do Planalto <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>, a partir da expressão de busca "margem de preferência". Ressalto que não foram computados os decretos alteradores.

¹⁹⁴ Trata-se do Decreto nº 8.186/2014, que prevê margem de preferência para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos.

¹⁹⁵ Na maior parte dos diplomas analisados, o prazo de vigência da margem de preferência termina entre fim de 2016 ou metade de 2017.

preferências nele especificadas.¹⁹⁶ A discricionariedade administrativa conferida pela lei para a aplicação ou não da margem de preferência é, pois, exercida no momento da edição do decreto prevendo a preferência para determinado produto ou serviço, após o qual deixa de haver facultatividade na decisão de aplicá-la ou não.

Caberá ao licitante pleitear a aplicação da margem de preferência nacional, no momento de apresentação ou cadastramento das propostas (a depender da modalidade de licitação). Para isso, o licitante deverá apresentar um formulário de cumprimento da regra de origem, conforme modelo estabelecido pelo Ministério de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.¹⁹⁷ No caso de produto ou serviço que já seja objeto de outros benefícios legais concedidos com

¹⁹⁶ Nesse sentido, exemplificativamente, menciono a redação do Decreto nº 8.224/2014: “Art. 1º Fica estabelecida a aplicação de margens de preferência normal e adicional para aquisição de máquinas e equipamentos, conforme percentuais descritos no Anexo I, em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Parágrafo único. Os editais para aquisição dos produtos descritos no Anexo I, publicados após a data de entrada em vigor deste Decreto, contemplarão a aplicação das margens de preferência de que trata o caput”.

¹⁹⁷ De forma exemplificativa, cito a redação do Decreto nº 8.224/2014: “Art. 2º, § 1º O licitante deverá apresentar, juntamente com a proposta, formulário de declaração de cumprimento das regras de origem, conforme modelo publicado em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. § 2º Na modalidade de pregão eletrônico: I - o licitante declarará, durante a fase de cadastramento das propostas, se o produto atende às regras de origem; e II - o formulário referido no § 1º deverá ser apresentado com os documentos exigidos para habilitação.”. Conforme explicação contida no site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior: “Regime de origem das compras governamentais são as normas definidas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, por meio da Portaria MDIC nº 279, de 18.11.2011 (DOU, Seção 1, de 23 de novembro de 2011, pp. 71 e 72) e suas alterações para que uma mercadoria seja considerada como ‘produto manufaturado nacional’ para efeitos de aplicação da margem de preferência nas compras governamentais. São considerados originários os produtos totalmente obtidos ou os produtos que cumpram os requisitos específicos de origem dispostos no Anexo I da Portaria. Requisito específico de origem significa a regra para fabricação ou processamento do produto a partir de materiais importados e envolve dois tipos de regras: regra de valor (impõe um limite, em valor percentual, para utilização de insumos importados) e regra de mudança de classificação tarifária (exigência de que o produto não contenha determinados materiais importados)”. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/competitividade-industrial/acoes-e-programas-9/o-que-e-o-regime-de-origem-das-compras-governamentais>. Acesso em: 21/08/2016.

o requisito de processo produtivo básico, admite-se a comprovação do processo produtivo local com base nessas regras.¹⁹⁸

A margem de preferência é aplicada apenas quando o menor valor apresentado referir-se a produto ou serviço estrangeiro – não incidindo, portanto, quando o menor preço apresentado já for de um produto ou serviço nacional.

No caso de o menor valor apresentado referir-se a produto ou serviço estrangeiro, adiciona-se o percentual especificado no decreto **ao valor ofertado para o produto estrangeiro**, para compará-lo com o valor do produto brasileiro. Ou seja, a margem de preferência ao produto nacional é de fato operacionalizada pelo **acréscimo artificial nos preços das ofertas de produto ou serviço estrangeiro** (conforme os valores estabelecidos na regulamentação).¹⁹⁹ Com esse acréscimo, os produtos brasileiros escolhidos em regulamentação do Poder Executivo obtêm preferência em relação aos produtos estrangeiros na competição pela contratação administrativa.

A partir dos dados disponíveis no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg),²⁰⁰ referentes aos anos de 2012 a 2016 (até

¹⁹⁸ Nesse sentido, exemplificativamente, o Decreto nº 7.767/2012: “Art. 2º Será aplicada a margem de preferência de que trata o art. 1º apenas para os produtos manufaturados nacionais, conforme Processo Produtivo Básico aprovado nos termos do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967 e da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. § 1º O licitante deverá apresentar, juntamente com a proposta, cópia da portaria interministerial que atesta sua habilitação aos incentivos da Lei nº 8.248, de 1991, ou cópia da Resolução do Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA que atesta sua habilitação aos incentivos do Decreto-Lei nº 288, de 1967. § 2º Caso não haja o Processo Produtivo Básico a que se refere o caput, será aplicada a margem de preferência de que trata o art. 1º para os produtos manufaturados nacionais, conforme regra de origem estabelecida em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (...)”.

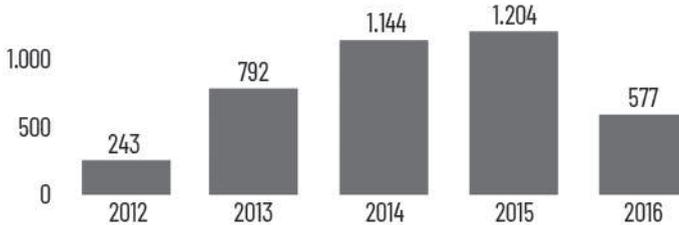
¹⁹⁹ A fórmula utilizada é a seguinte: $PM = PE \times (1 + M)$, sendo: PM - preço com margem; PE - menor preço ofertado do produto manufaturado estrangeiro; M - margem de preferência em percentual, conforme estabelecida no decreto para o produto em questão. Esse será o preço do produto estrangeiro com a margem de preferência, sendo esse preço “artificial”, então, comparado com o preço do produto nacional.

²⁰⁰ Disponível em: <http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 21/08/2016. Período selecionado: 2012 a 2016.

dia 21/08/2016), a margem de preferência foi aplicada em 0,63% dos processos de compras (do total de 623.852 processos de compras, que representam aproximadamente R\$ 255 bilhões, há 3.960 processos em que houve a aplicação de margem de preferência). Desses, quase a totalidade foi realizada na modalidade de pregão (3.954, sendo que cinco foram por concorrência internacional, e um por concorrência nacional). A distribuição dos processos por ano consta no Gráfico 5 – Compras com aplicação de margem de preferência nacional:

Gráfico 5 – Compras com aplicação de margem de preferência nacional

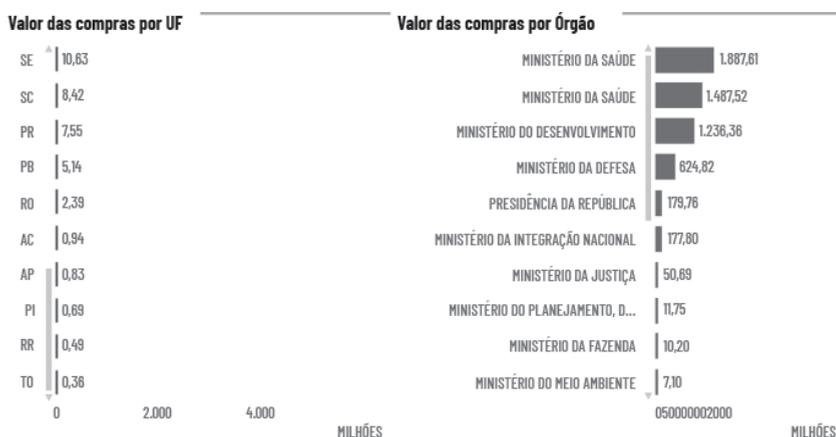
Total de Processos de Compras por Ano



Fonte: Ministério do Planejamento.

Além disso, conforme Gráfico 6 pode-se observar que a maior parte dos processos de compra com aplicação de margem de preferência é demandada pelo Ministério da Saúde, Ministério da Educação, e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e está majoritariamente concentrada em Sergipe, Santa Catarina e Paraná.

Gráfico 6 – Compras com aplicação de margem de preferência nacional, por unidade federativa e órgão contratante



Fonte: Ministério do Planejamento.

Ressalto que não encontrei a publicação nem dos estudos econômicos que devem subsidiar a aplicação de cada margem de preferência e sua eventual renovação (art. 3º, § 6º, Lei nº 8.666/1993), nem da lista de empresas beneficiadas pela aplicação da margem de preferência (que deve ser divulgada na *internet*, conforme especificado pelo art. 3º, § 13, Lei nº 8.666/1993). Em busca geral na *internet*,²⁰¹ bem como no

²⁰¹ Pesquisa abrangente no site de busca “Google”, com os termos “margem de preferência estudo”, em 21/08/2016.

site da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda,²⁰² órgão responsável pela secretaria executiva da administração da CI-CP, verifiquei que os estudos não estão disponíveis. Foi realizado pedido de informações pelo Sistema Eletrônico de Serviço de Informação ao Cidadão,²⁰³ que respondeu que os estudos (totalizando 1.654 páginas) estariam disponíveis para cópia, mediante comparecimento na Secretaria de Política Econômica, em Brasília, e o prévio pagamento das custas devidas em função das cópias (no valor de R\$ 259,64).²⁰⁴

²⁰² Endereço eletrônico: <http://www.spe.fazenda.gov.br/assuntos/politica-microeconomica/compras-publicas>. Acesso em: 21/08/2016. A partir de alguns pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) encontrados, referentes ao exame de minutas de decreto que estabelecem a margem de preferência, é possível deduzir que ao menos alguns desses atos foram precedidos de estudos realizados por consultoria externa contratada. Conforme pareceres disponibilizados em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset?q=%22margem+de+preferência%22>. Acesso em: 21/08/2016.

²⁰³ Endereço eletrônico: <http://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.html?ReturnUrl=%2f+sistema%2f>. Pedido realizado em 22/08/2016.

²⁰⁴ A íntegra da resposta é a seguinte: “Prezado Senhor, Em atenção ao requerimento formulado, cumpre-nos informar que a demanda foi encaminhada à Secretaria de Política Econômica, que se pronunciou conforme abaixo: “Informamos que o material poderá ser reproduzido, nos termos definidos no art. 18 do Decreto no 7.724/2012, in verbis: Art. 18. Quando o fornecimento da informação implicar reprodução de documentos, o órgão ou entidade, observado o prazo de resposta ao pedido, disponibilizará ao requerente Guia de Recolhimento da União - GRU ou documento equivalente, para pagamento dos custos dos serviços e dos materiais utilizados. Em atendimento a orientação constante do inciso II, § 1º do art. 15 Decreto no 7.724/2012 e o § 1º do art. 2º da Portaria MF no 30/2013, solicitamos que essa Ouvidoria Geral informe ao interessado que o material solicitado poderá ser retirado na Secretaria de Política Econômica (Esplanada dos Ministérios, Bloco P, 3º andar, sala 311 Brasília/DF) após o envio do comprovante de pagamento da Guia de Recolhimento da União GRU para o endereço eletrônico sic.mf@fazenda.gov.br. Considerando que os estudos solicitados totalizam 1.654 páginas, deverá ser realizado o recolhimento de R\$ 259,64 (duzentos e cinquenta e nove reais e sessenta e quatro centavos) para o fornecimento das cópias. Os dados a seguir deverão ser utilizados no preenchimento da GRU: a) Unidade Gestora (UG) 170250; Gestão 00001; c) Código de Recolhimento 18837-9 STN-REC. CÓPIAS REPROGRÁFICAS; d) CPF/CNPJ e nome completo do Contribuinte (requerente); e) Valor: R\$ 259,64 (duzentos e cinquenta e nove reais e sessenta e quatro centavos). Como não é possível auferir o valor para postagem os documentos serão enviados por meio de PAC a cobrar para o endereço indicado no sistema e-SIC. Caso o interessado opte por receber as cópias requeridas em mídia óptica (CD ROM), será acrescido ao valor a ser recolhido a importância de R\$ 3,00 (três reais), referente ao custo de aquisição e gravação da mídia óptica.’ Considerando o disposto no art. 19, inc. II, c/c o art. 21, caput, do Decreto no 7.724, de 2012, informa- se que poderá ser apresentado recurso, no prazo de 10 dias, contado da ciência da decisão. Autoridade responsável pela apreciação do recurso: Chefe de Gabinete. Atenciosamente, Serviço de Informação ao Cidadão Ministério da Fazenda”.

Além disso, vários desses decretos já tiveram sua vigência prorrogada, tendo sido originalmente promulgados com validade até 2015. Tampouco foram encontrados estudos que justificassem a renovação da vigência.

Em artigo analisando as margens de preferência, Braga e Rosilho (2016) citam relatório da Secretaria de Política Econômica, do Ministério da Fazenda, intitulado “Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais” (15/12/2016),²⁰⁵ que analisou dados referentes a dezesseis decretos de margem de preferência. O estudo teria por objetivo avaliar os resultados retrospectivos dessas margens, de modo a subsidiar a tomada de decisão quanto à eventual prorrogação dos decretos que estavam com a iminência de término de vigência.²⁰⁶ Ressalto que esse relatório não está disponível em sítio eletrônico oficial do Governo Federal.

Analisando o relatório, Braga e Rosilho (2016) apontam que:

Os testes econométricos concluíram que a política de margens de preferência não teve efeitos significativos sobre nenhuma das variáveis analisadas, exceto uma: o custo das compras governamentais, que tende a ser maior nas licitações com margens de preferência. Não foram encontradas evidências de que as margens geraram mais empregos ou resultaram em licitações mais competitivas ou incrementaram as receitas tributárias.

Ou seja, ressaltando-se a dificuldade em se isolar todos os fatores de interferência, o estudo econômico teria chegado à conclusão

²⁰⁵ O relatório está disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>. Acesso em: 05/09/2016.

²⁰⁶ Conforme previsto no relatório: “Nesse sentido, é preciso que se realizem estudos com análise retrospectiva de seus resultados, de forma a possibilitar e subsidiar a decisão a respeito das suas respectivas prorrogações. Trata-se tanto de uma exigência legal, quanto de uma forma de conferir maior eficácia, eficiência e efetividade para a política, à luz dos impactos estimados para o período de vigência em finalização” (Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais, p. 6).

de que as margens de preferência analisadas teriam aumentado os custos das licitações sem, contudo, impactar positivamente nos dados considerados (tais como geração de renda e emprego, e aumento de arrecadação de tributos). Ainda assim, as margens de preferência que venceriam no fim de 2015 tiveram sua vigência prorrogada até 31 de dezembro de 2016, conforme o Decreto nº 8.626, de 30/12/2016.

Dessa forma, embora a Lei nº 8.666/1993 e o Decreto nº 7.546/2011 deem importância para a realização prévia de estudos e sua publicização, bem como para o apoio do uso das margens de preferência em dados e evidências, o que se constata, na prática, é a dificuldade do acompanhamento das conclusões desses estudos (e, por conseguinte, da eficácia dessas medidas) por parte dos interessados, tendo em vista os óbices para seu acesso.

3.8.1.2 O que se discute na jurisprudência?

Em relação à jurisprudência, não foi encontrado nenhum resultado referente à margem de preferência no STF.²⁰⁷

No STJ, foram encontrados 2 resultados,²⁰⁸ sendo que em apenas um deles o Tribunal abordou o tema.²⁰⁹ Nesse caso, a discussão sobre a margem de preferência foi construída acessoriamente, em função de ponto processual (se houve julgamento “*extra petita*” no acórdão recorrido). Sobre a margem de preferência em si, o ministro relator entendeu que seria forma de direcionamento da contratação, expressamente autorizada pelo legislador; entretanto, ainda que haja

²⁰⁷ Pesquisa realizada em 03/08/2016. Palavras-chave utilizadas: “margem de preferência”; “preferência nacional”; preferência adj 3 nacional; preferência adj 3 contratações.

²⁰⁸ Pesquisa realizada em 03/08/2016. Palavras-chave utilizadas: “margem de preferência”; “preferência nacional”; preferência adj 3 nacional; preferência adj 3 contratações.

²⁰⁹ O tema foi discutido, ainda que de forma acessória, no Recurso Especial nº 1401035, Relator Ministro Herman Benjamin, data da publicação 23/04/2014; por sua vez, o Tribunal não abordou a questão na Suspensão de Segurança nº 2800, Relator Ministro Francisco Falcão, data da publicação 16/10/2015.

a autorização legal expressa, sua colocação no edital em específico deverá ser sempre justificada.²¹⁰

No TCU, foram selecionados 20 acórdãos que discutem a aplicação da margem de preferência introduzida pela Lei nº 12.349/2010.²¹¹

A primeira manifestação do TCU sobre o tema consiste no Acórdão nº 693/2011, Plenário (data da sessão: 23/03/2011). Pelo sintético

²¹⁰ Nas palavras do Relator: “21. Daí se entrevê que o legislador atenuou a proibição de direcionamento mediante exceções expressas, que, sem sombra de dúvida e por força do princípio da legalidade, hão de ser devidamente comprovadas. In casu, trata-se da margem de preferência referida nos §§ 5º a 12 do mesmo art. 3º, a respeito das quais a instância anterior entendeu não estarem justificadas”.

²¹¹ Pesquisa realizada em 04/08/2016. Palavras-chave utilizadas: “margem de preferência”; “margens de preferência”; “preferência nacional”; “Lei 12.349”. Foram analisados e selecionados para comentários no presente item os seguintes acórdãos: Acórdão nº 693/2011, Plenário (tipo de processo: denúncia); Acórdão nº 2241/2011, Plenário (tipo de processo: representação); Acórdão nº 1030/2012, Plenário (tipo de processo: representação); Acórdão nº 7605/2012, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 3769/2012, 2ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 1317/2013, Plenário (tipo de processo: administrativo); Acórdão nº 8274/2013, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 5936/2013, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 1391/2013, 2ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 2155/2013, 2ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 1550/2013, Plenário (tipo de processo: consulta); Acórdão nº 1930/2013, Plenário (tipo de processo: representação); Acórdão nº 4867/2013, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 4868/2013, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 5936/2013, 1ª Câmara (tipo de processo: representação); Acórdão nº 286/2014, Plenário (tipo de processo: pedido de reexame); Acórdão nº 1756/2015, Plenário (tipo de processo: monitoramento); Acórdão nº 1203/2016, Plenário (tipo de processo: monitoramento); Acórdão nº 1347/2016, Plenário (tipo de processo: representação); Acórdão nº 6548/2016, 2ª Câmara (tipo de processo: representação). Ressalto que foram analisados e excluídos do universo de acórdãos aqui comentados aqueles em que o Tribunal (i) decidiu que a margem de preferência não se aplicaria ao caso, bem como aqueles em que (ii) não analisou especificamente a questão da margem de preferência, sendo ela mencionada apenas de forma acessória. Trata-se dos seguintes acórdãos: Acórdão nº 1219/2016, Plenário; Acórdão nº 3567/2014, Plenário; Acórdão nº 2622/2015, Plenário; Acórdão nº 10041/2015, 2ª Câmara; Acórdão nº 1015/2015, Plenário; Acórdão nº 7498-/2015, 2ª Câmara; Acórdão nº 9547/2011, 1ª Câmara; Acórdão nº 9548/2011, 1ª Câmara. Foram analisados e excluídos do universo de acórdãos aqui comentados aqueles em que a expressão “margem de preferência” referia-se à preferência trazida pela Lei nº 8.248/1991 (Lei da Informática), quais sejam: Acórdão nº 2296/2007, Plenário; Acórdão nº 1999/13, Plenário; Acórdão nº 2608/2013, Plenário; Acórdão nº 458/2014, Plenário. Por fim, foram analisados e excluídos acórdãos que tratam da vedação de participação de empresas estrangeiras (ainda que façam referência à alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010), sem, entretanto, abordar a margem de preferência; é o caso do Acórdão nº 2764/2013, Plenário.

acórdão, pode-se depreender que se trata de denúncia de supostas irregularidades do Departamento de Logística e Serviços Gerais (DLSG/SLTI), órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, possivelmente porque não teria aplicado a margem de preferência trazida pela Lei nº 12.349/2010. No acórdão, o tribunal decidiu, por unanimidade, arquivar a denúncia, por duas razões principais.

Inicialmente, porque a aplicação da margem de preferência seria uma **faculdade conferida pelo legislador ao ente contratante**, opção que ficaria clara pelo uso da palavra “poderá”. Dessa forma, se, por um lado, seu uso é uma faculdade do ente contratante, por outro, ele deverá justificar que a aplicação da preferência atende, no caso concreto, ao interesse público e à conveniência do órgão.²¹²

Segunda, a **margem de preferência prevista na lei não é autoaplicável**, dependendo de regulamentação do Poder Executivo Federal, o que ainda demoraria algum tempo para ocorrer. Somente então ela poderia ser utilizada pelo ente contratante, conforme sua discricionariedade.²¹³

A principal discussão sobre o tema no TCU é iniciada logo após o julgamento do Acórdão nº 693/2011 e construída em duas decisões: (i) **Acórdão nº 2241/2011, Plenário**, que inaugurou a discussão específica sobre a margem de preferência trazida pela Lei nº 12.349/2010 no TCU sem, contudo, conferir decisão definitiva para o tema (foi adotada solução excepcional para o caso, e determinada a criação de um grupo de trabalho para estudar a questão); e (ii) **Acórdão nº**

²¹² Conforme o acórdão: “Considerando que a intenção do legislador, ao utilizar o vocábulo “poderá”, no parágrafo 5º, é a de conferir discricionariedade ao gestor de utilizar ou não a possibilidade de preferência por produtos e serviços nacionais em suas contratações, devendo evidenciar que a opção escolhida tem como premissa o interesse público e a conveniência do órgão, devidamente justificados”.

²¹³ Nos termos do acórdão: “Considerando que a aplicação da lei, neste caso, não é de efeito imediato, uma vez que carece de definição pelo Poder Executivo Federal o estabelecimento do percentual referente à margem de preferência e que, portanto, demandará certo tempo para ser implementada, conforme o art. 1º, § 8º da referida legislação: (...)”.

1317/2013, Plenário, que assentou o posicionamento do TCU sobre o tema, e é citado como precedente pela Corte. Nesses acórdãos (e nos acórdãos a eles relacionados), embora haja manifestações interessantes sobre o uso da margem de preferência de modo mais geral, o foco era a análise sobre a possibilidade de restrição (a partir das alterações promovidas no art. 3º, Lei nº 8.666/1993), da participação de produtos e serviços estrangeiros, por meio da determinação de que o objeto a ser contratado fosse fabricado localmente.

O **Acórdão nº 2241/2011** (data da sessão: 24/08/2011) trata de representação apresentada por empresa (Êxito Importadora e Exportadora S/A) que contestava edital de pregão eletrônico do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), tendo em vista a exigência de que os produtos a serem adquiridos (máquinas retroescavadeiras) fossem fabricados no país. De acordo com a empresa, essa exigência restringiria o caráter competitivo do certame e não teria embasamento legal. O ministério, por sua vez, alegou que a previsão de fabricação local estaria contemplada no *caput* do art. 3º, Lei nº 8.666/1993 (e não nos seus parágrafos), fundamentando-se na busca do desenvolvimento nacional sustentável. Assim, a questão central discutida no acórdão foi identificar se essa restrição encontraria embasamento no *caput* do art. 3º, sendo, para isso, analisadas as inovações trazidas pela Lei nº 12.349/2010.

A questão ensejou divisão na Corte, com o voto do relator, Ministro André Luis de Carvalho, e o voto do revisor, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, prevalecendo este último.

O ministro relator, divergindo da unidade técnica, entendeu que a exigência de fabricação local não seria irregular, em razão de três principais razões.

Primeira porque o *caput* do art. 3º, Lei nº 8.666/1993, trouxe norma finalística e autoaplicável – a busca do desenvolvimento sustentável –, diferentemente dos §§ 5º a 12º do art. 3º, que demandam a

regulamentação pelo Poder Executivo para o uso da margem de preferência.

Segunda porque a margem de preferência, prevista nos §§ 5º a 12º, não esgotaria as possibilidades de alcance do novo fim da contratação pública, e poderia ser aplicada sempre que houvesse concorrência entre produtos nacionais e estrangeiros.

Terceira porque não haveria, no caso, infração ao art. 3º, § 1º, inciso I, que veda o tratamento privilegiado às empresas brasileiras. A exigência de fabricação local recai sobre o produto, sendo que qualquer empresa estrangeira poderia participar da licitação, desde que dispusesse de bens produzidos no país.

De acordo com o ministro relator, **“ao contratar com terceiros, a administração pública pode ser levada a ter de estabelecer certas preferências, considerando a necessidade de atendimento ao interesse público”, que podem recair sobre “o fornecedor (sujeito), para o produto (objeto), bem como para o fornecedor e o produto”**. As preferências estabelecidas pela Lei nº 12.349/2010 seriam voltadas tanto para o fornecedor, quanto para o produto. Nas palavras do ministro:

68. Bem se vê que as regras aí contidas apontaram para o estabelecimento de preferências para o fornecedor e o produto, já que o art. 3º, §§ 1º, I, e 5º até 13, da Lei n.º 8.666/1993 passou a estabelecer: (...)

69. Note-se que a margem de preferência está direcionada ao fornecedor, já que, nos termos do § 13 acima transcrito, o Poder Público deve divulgar as empresas que foram por ela favorecidas, bem assim que concomitantemente tal margem também está direcionada ao produto, já que, nos termos dos §§ 5º e 8º supra, ficou estabelecida a possibilidade de a administração pública adquirir produto nacional com preço superior ao do produto estrangeiro.

Aponte-se aqui uma observação em relação à interpretação do ministro: o § 13º não determina uma preferência para o fornecedor, mas apenas a divulgação do nome das empresas que foram beneficiadas com a margem de preferência (aplicada sobre o produto ou serviço nacional).

Diante disso, o ministro entende que o caso concreto não se enquadra em hipótese de margem de preferência regulada pelos parágrafos do art. 3º (que estaria, sim, sujeita à prévia regulamentação), até porque o edital não prevê qualquer preferência a ser atribuída aos produtos nacionais. O caso configura-se, sim, como uma preferência para produtos nacionais, embasada na norma finalística prevista no caput do art. 3º. Conforme conclusão do ministro:

73. Logo, cabe ao TCU aferir se: a exigência de produto com fabricação nacional encontra justificativas de ordem técnica e econômica, além de observar os princípios da razoabilidade e da ampla competitividade?

74. A resposta para essa indagação é sim. E, nesse ponto, o próprio Ministro-Revisor parece concordar, já que ele também pugna pela manutenção dos contratos já celebrados.

Interessante mencionar, ainda, que, em seu voto, o ministro elogia a alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.349/2010, com a inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como novo fim das contratações públicas. Segundo ele, ela gerará benefícios socioeconômicos, desde a maior efetividade das contratações sustentáveis, até o fomento à

geração de renda e empregos – podendo, portanto, ser tal modificação considerada como uma importante **política pública regulatória**.²¹⁴

No voto revisor, por sua vez, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti entende que a restrição prevista no edital não encontra respaldo na legislação, sendo, pois, ilegal.

Inicialmente, o ministro aponta que, se, por um lado, não há dúvidas do caráter finalístico do *caput* do art. 3º, Lei nº 8.666/1993, por outro, ele não é autoaplicável, uma vez que não há a especificação da conduta que deve ser adotada pelo gestor para sua concretização – que, por sua vez, deverá pautar-se também pelo princípio da legalidade.

Há, para o ministro, clara conexão entre o novo fim previsto no *caput* e os parágrafos (§§ 5º a 12) que foram acrescentados pela Lei nº 12.349/2010. São os parágrafos, pois, que estabelecem os mecanismos para a implementação do novo fim de desenvolvimento nacional sustentável.

Além desses parágrafos, o ministro entendeu que há outros mecanismos para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – mecanismos que excepcionam a regra geral de vedação à discriminação e, pois, que deverão ser expressamente previstos em lei. Nesse sentido, as preferências que são expressamente previstas são: (i) art. 3º, §§ 5º a 12, Lei nº 8.666/1993; (ii) art. 3º, Lei nº 8.248/1991; e (iii) arts. 44, 47 e 48, Lei Complementar nº 123/2006. Essas são **“as únicas condutas que atualmente a lei autoriza ao administrador público para estabelecer**

²¹⁴ Nas palavras do ministro: “51. E, assim, faço aqui o meu último registro no sentido de, mais uma vez, enaltecer essa prodigiosa alteração legislativa. Eis que a inclusão do desenvolvimento nacional sustentável no artigo 3º da Lei de Licitações, entre as finalidades do processo de licitação, configura medida de extrema importância para a sociedade brasileira, não só porque com isso se dará maior efetividade ao emprego das licitações sustentáveis no Brasil (a exemplo do que já vinha sendo cogitado no âmbito da IN SLTI/MPOG n.º 1/2010, entre outras normas sobre compras governamentais verdes e/ou sustentáveis), mas também porque estimulará maior geração de renda e de emprego no País, indo ao encontro dos mais legítimos e atuais anseios sócio-econômicos nacionais (de modo que até se pode atribuir a essa novel alteração legislativa o status de relevante política pública regulatória)”.

preferências com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ou seja, não cabe discricionariedade.”.

O ministro ressalta, ainda, que essas três hipóteses de preferências nas licitações dependem de regulamentação do Poder Executivo federal, não sendo possível sua utilização, pela autoridade contratante, sem a prévia regulamentação, sob pena de **“usurpação da competência do Poder Executivo Federal”**.

No fim de seu voto, o ministro mostra uma postura muito mais cautelosa, e menos otimista, em relação à margem de preferência do que o ministro relator, nas seguintes palavras:

101. Como último ponto, gostaria de alertar para o risco do precedente que poderá ser criado se o TCU aceitar a restrição estabelecida pelo MDA. Nessa hipótese, é muito provável que outros editais passem a contemplar essa restrição e que, com isso, seja implementada uma verdadeira reserva de mercado no setor público. Contudo, as experiências nacionais e internacionais demonstram que a reserva de mercado não traz, a médio e a longo prazos, benefícios para o país e, sim, ineficiência e atraso tecnológico, como já mencionava o eminente Ministro Luciano Brandão em 1994, conforme transcrito acima.

Diante da divergência instaurada, o tribunal optou por adotar uma solução provisória. Por um lado, decidiu sobre o caso concreto: autorizou o prosseguimento excepcional da contratação, mas determinou que a autoridade contratante abstenha-se de promover novas contratações com exigência de fabricação nacional. Por outro lado, determinou a criação de grupo de trabalho para **“a análise, no prazo de 60 (sessenta) dias, das repercussões geradas pela Lei nº 12.349/2010 no regime licitatório, em especial da discussão travada nos presentes autos”**.

Ressalte-se que, contra o Acórdão nº 2241/2011, foi interposto pedido de reexame pela empresa, reiterando pedido de julgamento

de irregularidade do edital. O pedido foi conhecido, negando-lhe provimento, por meio do Acórdão nº 1030/2012, Plenário.

Após essa manifestação, as seguintes decisões acompanharam o Acórdão nº 2241/2011, determinando, em casos semelhantes de exigência de fabricação nacional, o prosseguimento excepcional do feito, porém com a comunicação à entidade contratante de vedação de novas contratações com essa exigência: Acórdão nº 7605/2012, 1ª Câmara (data da sessão: 10/12/2012); Acórdão nº 1391/2013, 2ª Câmara (data da sessão: 26/03/2013); Acórdão nº 2155/2013, 2ª Câmara (data da sessão: 23/04/2013).

O **Acórdão nº 1317/2013** consignará o resultado do grupo de trabalho criado em função da decisão do Acórdão nº 2241/2011.

Mas, antes dele, deve-se citar o *Acórdão nº 3769/2012, 2ª Câmara* (data da sessão: 31/05/2012), que lida com a mesma questão: a possibilidade de exigência de que o objeto licitado seja fabricado no país. Nesse acórdão, diferentemente dos precedentes acima mencionados, a 2ª Câmara não referencia o Acórdão nº 2241/2011 como precedente, e nem decide da forma como vinha fazendo, no sentido de aceitar o prosseguimento excepcional da contratação, até a manifestação definitiva do Tribunal quanto ao tema. De fato, o órgão já apresenta seu posicionamento sobre a questão: a Lei nº 8.666/1993 não impede a participação de produtos estrangeiros, e a alteração trazida pela Lei nº 12.349/2010 estabelece apenas “reservas” a produtos estrangeiros, não sua vedação absoluta.²¹⁵ Diante disso, a exigência de fabricação nacional, por vedar produtos estrangeiros, é ilegal. O acórdão determina a “**abstenção de**

²¹⁵ Conforme voto do Ministro relator: “Sobre a exigência de que a retroescavadeira fosse de fabricação nacional, importa destacar que a Lei 8.666/1993 não impede a oferta de produtos estrangeiros nas licitações realizadas pela Administração Pública. Mesmo com as inovações da Lei 12.349/2010, que introduziu o conceito de ‘Desenvolvimento Nacional Sustentável’, tem-se apenas reservas, disciplinadas pelos Decretos 7.546/2011 e 7.709/2012, e não vedação absoluta de oferta de produtos estrangeiros. Logo, a exigência em comento é ilegal e, por si só, macula o procedimento pela restrição ao caráter competitivo do certame, em afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666, de 21/6/1993, e ao art. 3º, inciso II, da Lei 10.520, de 17/7/2002”.

que exigência de que o bem a ser ofertado seja obrigatoriamente de fabricação nacional, por consubstanciar restrição à competitividade do certame, com afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666, de 21/6/1993 e ao art. 3º, inciso II, da Lei 10.520, de 17/7/2002”.

O Acórdão nº 1.317/2013, como mencionei, analisa o resultado do grupo de trabalho criado para identificar as consequências trazidas pela Lei nº 12.349/2010, notadamente em relação à possibilidade de restrições para produtos e serviços estrangeiros, formalizando, portanto, o posicionamento da Corte sobre o tema – tanto que tem sido, em casos posteriores, citado como caso precedente paradigmático.

Em seu voto, o Ministro Relator Aroldo Cedraz apresenta, inicialmente, as principais conclusões do grupo de trabalho. Em síntese, essas conclusões podem ser agrupadas em três blocos principais.

Primeiro, a **imprescindibilidade da atividade regulamentadora estatal para o uso das preferências**, atividade a ser precedida de estudos que dimensionem seus impactos. A principal preocupação parece ser o fato de que o uso de preferências nacionais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável tende a elevar os custos das contratações, sendo que sua utilização deve ser viabilizada por meio da prévia ação estatal normativa e reguladora, de modo a promover maior eficiência e qualidade do gasto público. O grupo aponta que (i) ainda não foram apresentados os estudos econômicos previstos no parágrafo 6º, e (ii) tampouco publicado ato do Poder Executivo federal, conforme parágrafo 8º, para definir as margens de preferência por tipo de produto ou serviço.

Segundo, o grupo de trabalho entende que os únicos instrumentos para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável trazidos pela Lei nº 12.349/2010 estão previstos nos parágrafo 5º (margem de preferência no preço, para produto nacional), parágrafo 7º (margem de preferência adicional à prevista no § 5º, no caso de inovação tecnológica), parágrafo 11 (medida de compensação) e parágrafo 12 (licitação restrita ao mercado nacional, em caso de bens e serviços de

tecnologia).²¹⁶ **Não haveria, assim, outras formas de implementação do desenvolvimento nacional sustentável**, para além dos mecanismos nesses parágrafos.

Terceiro, e por fim, o grupo de trabalho aponta que a **única possibilidade de vedação à aceitação de produto estrangeiro em licitações públicas encontra-se no parágrafo 12**, que possibilita a abertura de **contratação exclusiva** para produtos nacionais, no caso de bens e serviços estratégicos de tecnologia de informação e comunicação, assim classificados mediante ato do Poder Executivo federal. Diante disso, o grupo conclui que eventual restrição a produtos e serviços estrangeiros **“é ilegal e pode trazer consequências internas e externas nocivas ao mercado brasileiro, tais como retaliações ante a Organização Mundial do Comércio (OMC), bem como propositura de ações judiciais, em massa, ou em cada edital de licitação no caso concreto”**.²¹⁷ O grupo aponta, ademais, que decretos ou regulamentos que viessem a trazer essa restrição seriam inconstitucionais, posto que extrapolariam as disposições da lei, em ofensa, portanto, aos limites legais do poder regulamentar estabelecidos no art. 84, inciso IV, Constituição Federal.²¹⁸

Ainda de acordo com o relatório, o Ministério Público junto ao TCU (“MP/TCU”) manifestou-se contrariamente às conclusões do grupo de trabalho, entendendo ser possível a restrição de produtos estrangeiros como forma de promover o fim de desenvolvimento nacional sustentável. Uma das razões trazidas pelo MP/TCU para tal conclusão destaca justamente a **diversificação de funções da contratação pública**, que:

²¹⁶ Ressalte-se apenas que, diante da classificação proposta pelo grupo de trabalho, poder-se-ia mencionar, ainda, o instrumento trazido no parágrafo 10 (margem de preferência para bens e serviços originários do Mercosul).

²¹⁷ Conforme voto do Ministro relator, elencando as principais conclusões do grupo de trabalho.

²¹⁸ Constituição Federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

(...) deixa de ser apenas instrumento para o atendimento da necessidade de um bem ou serviço, que motivou a realização da licitação, para constituir, também, instrumento da atividade de fomento estatal, voltado, dessa forma, não só para os interesses imediatos da Administração contratante como também para interesses mediatos, ligados às carências e ao desenvolvimento do setor privado.²¹⁹

De acordo com o ministro relator, o MP/TCU ressalta que o novo fim adicionado à licitação pela Lei nº 12.349/2010 no caput do art. 3º, Lei nº 8.666/1993 – desenvolvimento nacional sustentável – está agora ao lado (e com a mesma “estatura” e densidade normativa) dos outros fins que já constam no caput: isonomia e melhor proposta. Por sua vez, foi dito que o novo fim não afasta ou mitiga os outros dois, mas sim os complementa, sendo que a prática das licitações deve privilegiar e conciliar todos esses fins. Não haveria, ademais, prejuízo à competitividade. Mas, por se tratar de exceção à regra, sua interpretação deve ser restritiva.

Na conclusão do ministro relator em relação aos argumentos do MP/TCU, este sustenta tese que, na visão do próprio MP/TCU, seria possível obter a proposta mais vantajosa e o desenvolvimento nacional sustentável, sem “aniquilar” a isonomia, uma vez que a distinção posta seria relevante para o atendimento do interesse público.

Expostos esses argumentos, o ministro passa a expressar seu entendimento que, segundo ele, caminha no sentido das conclusões do grupo de trabalho, sem desconsiderar as ponderações do MP/TCU. Sua argumentação concentra-se na necessidade de regulamentação do Poder Executivo, precedida de estudos econômicos, previamente à utilização da margem de preferência nas contratações públicas.

²¹⁹ Conforme voto do Ministro relator, elencando as principais conclusões do MP/TCU. O voto consigna ainda, nas razões do MP/TCU, que “a necessidade da Administração se confunde, antes, com a utilidade do bem, agora a aquisição do bem não visa mais estritamente a atender à necessidade supérflua pela utilidade que ele produz, mas também necessidades de outra ordem, relacionadas com aspectos macroeconômicos e expressamente mencionadas na lei”.

O ministro aponta, por um lado, que a inovação trazida pela Lei nº 12.349/2010 **“constitui importante diretriz de política pública, pois deixa explícito o poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços”**. Por outro, contudo, entende que a escolha sobre quando a contratação deveria ou não abarcar a margem de preferência **não poderia ser deixada à discricionariedade de cada gestor**, sob pena de se gerarem problemas na eficiência e na qualidade do gasto público. Em suas palavras:

43. Deve-se ter em mente os riscos envolvidos na adoção de uma política dessa magnitude que, ao buscar uma proteção aos produtos nacionais para possibilitar o desenvolvimento nacional sustentado, pode, em consequência, ocasionar a elevação dos custos das aquisições, queda na qualidade dos produtos, entre outras, efeitos indesejados que terão de ser arcados pela sociedade como um todo.

44. Mencionada experiência já foi observada com a Lei 7.232/1984, que criou a reserva de mercado do setor de informática, demonstrando que o protecionismo exacerbado pode levar à ineficiência do setor protegido.

O ministro conclui ser necessária prévia regulamentação por decreto presidencial, que definirá os parâmetros para a aplicação da margem de preferência, resguardando, portanto, maior eficiência e qualidade do gasto público.

Concretamente, o ministro ressalva que o Decreto nº 7.546/2011, embora traga parâmetros para a aplicação da margem de preferência, **“não era ainda a norma operacional requerida para tornar efetivo o comando introduzido pela Lei 12.349/2010”**. A regulamentação necessária seria aquela que traz parâmetros específicos para a aplicação da margem de preferência em cada caso concreto (isto é, para produtos e serviços específicos) – tais como o Decreto nº 7.709/2012, Decreto nº 7.804/2012 e Decreto nº 8.002/2013, para os produtos e limites ali especificados.

Diante do exposto, os ministros decidiram que: (i) a vedação à contratação de produtos e serviços estrangeiros em licitações nacionais é medida restritiva e não encontra expressa previsão legal, sendo, portanto, ilegal; e (ii) para maior eficiência e qualidade do gasto público, o estabelecimento de margem de preferência em edital apenas é legal se for precedido de decreto presidencial que regulamente sua aplicação para o produto ou serviço em específico.²²⁰ Essa decisão deveria ser comunicada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que, como órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, deveria comunicá-la a toda a administração pública federal. Ademais, o tribunal determinou ao seu órgão técnico que acompanhe o desenvolvimento dos estudos econômicos a que se refere o art. 3º, §§ 5º e 6º, necessários para o estabelecimento (ou revalidação) das margens de preferências.

Ressalte-se que, contra o Acórdão nº 1317/2013, foi interposto pedido de reexame pelo órgão contratante (MDA), em relação ao item 9.1.1 do acórdão (ilegalidade da vedação a produtos e serviços estrangeiros). O pedido foi conhecido, negando-lhe provimento, por intermédio do Acórdão nº 286/2014, Plenário (data da sessão: 12/02/2014).

Após o Acórdão nº 1317/2013, os seguintes casos envolvendo a questão da exigência de fabricação nacional foram julgados pelo TCU no mesmo sentido, decidindo o tribunal pela aplicação do referido acórdão como precedente do tema: Acórdão nº 1550/2013, Plenário (data da sessão: 19/06/2013); Acórdão nº 4867/2013, 1ª Câmara (data da sessão: 16/07/2013); Acórdão nº 4868/2013, 1ª Câmara (data da

²²⁰ Literalmente: “9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), para que, no papel órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, informe aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal que: 9.1.1. é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação; e 9.1.2. é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços 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”.

sessão: 16/07/2013); Acórdão nº 1930/2013, Plenário (data da sessão: 24/07/2013); Acórdão nº 5936/2013, 1ª Câmara (data da sessão: 03/09/2013); Acórdão nº 8274/2013, 1ª Câmara (data da sessão: 19/11/2013). Nesses precedentes, o tema central de discussão, colocado em função dos casos concretos, girou em torno da possibilidade de restrição de produtos estrangeiros. Na análise, contudo, o tribunal manifestou-se também sobre os requisitos para a aplicação da margem de preferência.

Além desse tema, três outros foram posteriormente abordados no âmbito da jurisprudência do TCU.

O primeiro, analisado no Acórdão nº 1756/2015, Plenário (data da sessão: 22/07/2015), trata especificamente da **não divulgação, pela CI-CP, dos resultados obtidos com a margem de preferência**. O tribunal determinou a divulgação, na *internet*, dos estudos produzidos para subsidiar a aplicação (e a renovação) das margens de preferências, bem como das empresas beneficiadas pela margem de preferência (nos termos do art. 3º, § 13º).²²¹ Ressalto, contudo, que não foi possível encontrar a lista das empresas beneficiadas, nem os estudos publicados.

O segundo, analisado no Acórdão nº 1347/2016, Plenário (data da sessão: 25/05/2016), trata dos limites para a aplicação da margem de preferência. No caso, a margem de preferência fora aplicada pelo órgão contratante para licitante que já apresentara a menor proposta.

²²¹ Conforme determinado no acórdão: "1.5.1. Determinar à Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (SPE/MF), na qualidade de Secretaria Executiva da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), que informe ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento da notificação encaminhada pelo TCU, a previsão de disponibilização na internet dos dados a que faz referência o § 13 do art. 3º da Lei 8.666/1993, juntamente com informações atualizadas, consoante o § 6º do art. 3º da Lei 8.666/1993, sobre os resultados efetivamente alcançados em termos de geração de emprego e renda; arrecadação de tributos (federais, estaduais e municipais); desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País e custo adicional dos produtos e serviços adquiridos com a aplicação da política de concessão de margens de preferência nas compras públicas vis-à-vis os valores despendidos nos certames licitatórios em que houve a utilização do instituto". O Acórdão nº 1203/2016, Plenário (data da sessão: 18/05/2016), considerou cumpridas as determinações constantes no Acórdão nº 1756/2015.

Havia, ainda, dúvidas sobre como aplicar a margem de preferência, uma vez que a proposta envolvia itens unitários, porém com o julgamento pautado por lotes. O Tribunal decidiu que, conforme regulado pelo decreto específico (Decreto nº 8.184/2014) e pelo edital, a margem de preferência deve ser aplicada para cada item. No caso, contudo, houve aplicação indevida da preferência, tendo em vista que a proponente que recebeu esse benefício já era detentora do menor preço.²²²

O terceiro tema, analisado no Acórdão nº 6548/2016, 2ª Câmara (data da sessão: 31/05/2016), trata da **obrigatoriedade de utilização da margem de preferência em edital**, tendo em vista existência de decreto determinando a aplicação para o produto licitado. O tribunal entendeu ser necessária a aplicação da margem de preferência, por entidade contratante da administração pública federal, caso o objeto se enquadre nas definições de decreto. Haveria, ainda, necessidade de que regulamentação melhor preveja os critérios para o enquadramento do produto como nacional (regras de origem). Concretamente, o tribunal decidiu pela impropriedade do edital diante da não previsão de margem de preferência no objeto do pregão, em desacordo com o previsto no art. 2º e art. 3º, do Decreto nº 8.194/2014.²²³ Por fim, nesse acórdão o tribunal analisou questão relacionada com a codificação dos produtos, determinando à Comissão Interministerial de Compras

²²² Literalmente: “9.3.1. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c art. 45 da Lei nº 8.443/1992 e art. 251 do Regimento Interno, relativamente ao Pregão Eletrônico nº 2015/08240, adote, no prazo de quinze dias a partir da ciência desta decisão, as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular a aplicação do benefício da margem de preferência, previsto no Decreto nº 8.184/2014, à licitante Compwire Informática S/A, bem como todos os atos que lhe são posteriores, uma vez que, por força do art. 5º, § 1º, do citado decreto, não é possível utilizar o benefício quando a licitante já é ofertante da menor proposta, o que deve ser observado em todos os certames, inclusive naqueles realizados sob a forma de grupos ou lotes”.

²²³ Literalmente: “1.8. Determinar: 1.8.1. à Agência Nacional de Águas (ANA), que se abstenha de incorrer na impropriedade identificada nestes autos, diante da não previsão de margem de preferência para o objeto do Pregão Eletrônico nº 26/2015, em desacordo com os arts. 2º e 3º do Decreto nº 8.194/2014, especialmente tendo em vista que o então Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação manifestou-se no sentido de que o produto contido na portaria MCTI nº 967/2014 possui grande semelhança na composição das descrições com o objeto contido no certame, devendo ser objeto de avaliação para contratações futuras”.

Públicas (CI-CP) que reavalie a política de margem de preferência, de modo a uniformizar a codificação dos produtos.²²⁴

Por fim, interessante notar que a maior parte dos casos selecionados (15 acórdãos, do total de 20) trata de processo de representação ou denúncia contra edital, durante ou após o processo de licitação, de modo a contestar os termos do edital. Isso demonstra o caráter conflituoso da técnica, que tende a aumentar os recursos contra os procedimentos adotados para a licitação, a insegurança jurídica quanto ao resultado e os recursos públicos (humanos, temporais e financeiros) despendidos para efetivar a contratação.

3.8.1.3 Considerações finais

Os principais pontos que podem ser extraídos do estudo do caso da margem de preferência, em âmbito legislativo e jurisprudencial, são os seguintes:

²²⁴ Conforme determinação do Tribunal: "1.7. Recomendar à Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, na qualidade de Secretaria-Executiva da Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), que, juntamente com os demais órgãos integrantes da referida comissão, avalie a aplicação da política de concessão de margem de preferência, especialmente em caso de renovação dos prazos atualmente previstos nos decretos autorizadores, enviando, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a este Tribunal de Contas da União o plano de ação para tanto (órgãos e setores envolvidos, medidas a serem tomadas e cronograma), considerando nessa avaliação os seguintes pontos: 1.7.1. ausência de correlação entre as codificações NCM e SIASG, o que dificulta a identificação de produtos e serviços beneficiados com a política; 1.7.2. avaliação de meios de assegurar que os códigos NCM conduzam a uma unidade de visão entre órgãos contratantes e licitantes de forma a possibilitar a ambos a identificação do mesmo produto ou serviço, e, na impossibilidade de assim proceder, avaliar alternativas à utilização do código para efetiva aplicação da política de concessão de margem de preferência nos certames (e.g. detalhar informações do produto na portaria que reconhece o produto como bem de informática e automação produzido no país); 1.7.3. ausência de padronização e detalhamento, nas portarias do então MCTI e do então MDIC referenciadas no art. 3º, § 5º, do Decreto nº 7.546/2011, dos requisitos e critérios necessários à identificação dos produtos e serviços como nacionais (regra de origem) ou como resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológicas realizados no País para fins de viabilização nos certames licitatórios da aplicação da margem de preferência normal e da margem de preferência adicional aos produtos e serviços elegíveis; 1.7.4. meios de disseminação da política entre os órgãos da administração pública, com o auxílio necessário para apoiar a sua efetiva aplicação".

(i) O que é a margem de preferência? A regulamentação deixa claro que se trata de uma preferência no preço, a ser aplicada em determinado percentual. Mas os parágrafos do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, embora igualmente foquem a operacionalização da margem de preferência por meio da técnica de concessão de preferência (calculada na forma de percentual), talvez não tenham restringido outras técnicas.

(ii) Questão um pouco diferente, mas a ela relacionada, expressasse na indagação sobre se a margem de preferência, ao lado da medida de compensação (art. 3º, § 11), seriam os únicos instrumentos para promover o fim de desenvolvimento nacional sustentável previsto no *caput* do art. 3º. Esse ponto foi levantado pela jurisprudência do TCU, quando este analisou se o edital poderia vedar a participação de produto ou empresa estrangeiros. Tendo em vista o caráter discriminatório das preferências inseridas no processo de contratação, o tribunal concluiu que elas devem ser expressamente previstas em lei, não se admitindo, portanto, outras formas de discriminação que não as previstas no art. 3º, ainda que para a busca do desenvolvimento nacional sustentável.

(iii) Discute-se ainda a necessidade de regulamentação da margem de preferência, para produto ou serviço em específico. A lei estabelece que a margem de preferência será fixada por decreto federal (art. 3º, § 8º), previsão reiterada com o regulamento geral da margem de preferência (Decreto nº 7.546/2011). Nesse sentido, o TCU decidiu que a margem de preferência não é autoaplicável, e que o gestor público não pode utilizá-la sem prévia regulamentação. Note-se que a exigência de regulamentação, aqui, não se confunde com a edição do Decreto nº 7.546/2011, que detalhou, de modo geral e abstrato, a utilização da margem de preferência. Trata-se, sim, de decretos com efeitos concretos, que identificam o produto ou serviço em específico cuja contratação deverá contemplar a margem de preferência, bem como os percentuais e as regras a serem aplicadas para o objeto.

(iv) Após regulamentada a margem de preferência para produto ou serviço em específico, surge a questão sobre a faculdade ou obrigatoriedade de sua aplicação pela autoridade contratante. Os decretos específicos vigentes indicam a obrigatoriedade, ao determinar que o edital deverá prever a margem de preferência. Nesse sentido, o TCU decidiu que, ainda que a lei confira, de

início, a faculdade de utilização do instrumento nas contratações públicas, essa faculdade exaure-se com a edição de decreto específico – tornando-se a margem de preferência obrigatória para os entes contratantes do objeto em referência.

(v) A lei e o decreto regulamentador determinam a necessidade de estudos econômicos, tanto (i) prévios, para fundamentar a aplicação da margem de preferência para o produto ou serviço em específico; como (ii) posteriores, para a avaliação dos resultados alcançados. Além disso, a lei também determina a divulgação de lista das empresas beneficiadas com a margem de preferência. Em que pese essa determinação, não consegui acesso a esses dados. Houve, inclusive, decisão do TCU (Acórdão nº 1756/2015, Plenário), no sentido de que os estudos econômicos e a lista das empresas beneficiadas fossem divulgados, determinação considerada cumprida (Acórdão nº 1203/2016, Plenário). Ainda assim, esse material não estava disponível na *internet* na época da pesquisa. Ressalte-se que vários decretos de margem de preferência tiveram sua vigência recentemente prorrogada (conforme Decreto nº 8.626/2015); para isso, teria sido realizado estudo que concluiu que, até aquele momento, as margens de preferência teriam acrescentado custos às licitações sem, contudo, trazer impactos positivos relevantes para geração de emprego e renda, ou arrecadação de tributos.

(vi) Por fim, a partir da jurisprudência analisada, percebe-se que a técnica de concessão de margem de preferência em até 25% no preço dos produtos e serviços beneficiados aparenta gerar conflitos durante o procedimento de contratação: dos 20 acórdãos analisados, 15 consistiam em processos de representação ou denúncia contra edital, enquanto os outros 5 referiam-se a consulta, monitoramento ou administrativo. Isso tende a aumentar os recursos contra os procedimentos adotados para a licitação, a insegurança jurídica quanto ao resultado e o recursos públicos (humanos, temporais e financeiros) despendidos para efetivar a contratação.

3.8.2 Medidas de compensação (cláusulas de “offset”)

Neste item, analisarei as medidas de compensação comercial, industrial e tecnológica (também chamadas de cláusulas de compensação

ou “offset”) – hipótese de função derivada introduzida pela Lei nº 12.349/2010 na lei geral de contratações públicas (art. 3º, §§ 11, Lei nº 8.666/1993), mas que vinha sendo utilizada antes dessa previsão legal, ao menos nas contratações da área da defesa, conforme abordado no item 3.7.

Após a inclusão na Lei nº 8.666/1993, as medidas de compensação foram ainda previstas na lei específica de contratações de defesa (Lei nº 12.598/2012), bem como em alteração promovida na lei de política de inovação (Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/2016).

3.8.2.1 Institucionalização das medidas de compensação

Outra hipótese de função derivada introduzida pela Lei nº 12.349/2010 na Lei nº 8.666/1993 foi a possibilidade de previsão, na contratação, da obrigação de o contratado promover medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica, ou ainda de conceder financiamento em condições especiais.

Conforme mencionado no item 3.7, as medidas de compensação impõem ao contratado a promoção de determinada medida para compensar os benefícios que irá auferir com a contratação. São, assim, exigências demandadas pela contratação em si, a serem executadas em paralelo com a execução contratual.

Antes mesmo da previsão em âmbito de lei geral de contratações públicas, contudo, as medidas de compensação já vinham sendo utilizadas e mesmo normatizadas nas contratações da defesa.

Em termos normativos, a atualmente vigente Portaria Normativa nº 764/2002, do Ministério da Defesa, aprovou a “**Política e as Diretrizes de Compensação Comercial, Industrial e Tecnológica do Ministério da Defesa**”. Editada com base nas competências gerais do Ministério da Defesa para a promoção de políticas públicas relacionadas à defesa nacional, a portaria adotou como principal estratégia “o poder de

compra e o poder concedente das Forças Armadas para a negociação de práticas compensatórias, baseadas nas significativas importações do setor de produtos de defesa” (art. 3º, I).

Para isso, o diploma estabeleceu procedimentos de capacitação dos órgãos do Ministério da Defesa para o melhor planejamento e articulação da adoção e execução de medidas de compensação, a partir da identificação dos setores prioritários da indústria nacional para receber políticas de compensação.

Na definição trazida pela portaria, compensação ou “**offset**” é **“toda e qualquer prática compensatória acordada entre as partes, como condição para a importação de bens, serviços e tecnologia, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica e comercial”** (Anexo II - Conceituações). Ainda de acordo com a definição, os benefícios poderão ser operacionalizados na forma de: (i) coprodução; (ii) produção sob licença; (iii) produção subcontratada; (iv) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; (v) transferência de tecnologia; (vi) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; (vii) treinamento de recursos humanos; ou (viii) contrapartida comercial.

As compensações são ainda classificadas em dois tipos: (i) a compensação direta, que envolve bens e serviços diretamente relacionados com o objeto dos contratos de importação; e (ii) a compensação indireta, que envolve bens e serviços não diretamente relacionados com o objeto dos contratos de importação (Anexo II - Conceituações). Ou seja: as contrapartidas a serem executadas pelo contratado não necessariamente terão relação direta com o objeto contratado.

A portaria obriga a previsão de acordos de compensação para os (i) contratos de importação (ii) de produtos de defesa (iii) com valor acima

de cinco milhões de dólares americanos (art. 8º).²²⁵ Para contratos abaixo desse valor, a aplicação de medidas de compensação será facultativa, a depender dos interesses do ente contratante (art. 9º).

As medidas de compensação aplicam-se, portanto, nos casos em que um ente público pretenda fazer uma aquisição bastante estratégica, tanto pelo objeto (produtos de defesa), como pelo seu elevado valor, utilizando recursos públicos para tal. No entanto, uma vez que esses produtos provêm do exterior, os benefícios decorrentes dessa aquisição estratégica tendem a se concentrar no seu país de origem, com o estímulo da cadeia produtiva de país estrangeiro. Diante disso, as medidas de compensação são impostas para compensar esse benefício gerado no exterior com o uso de recursos públicos nacionais, demandando que o contratado execute ações que revertam algum benefício para o país adquirente. Permite-se que fornecedores estrangeiros participem do mercado de contratações públicas nacionais estratégicas, impondo-lhes, contudo, medidas que favoreçam a indústria nacional.

Em relação ao cálculo do valor da medida de compensação, a portaria estabelece (i) a necessidade de sua exequibilidade, sendo que o valor representativo da medida de compensação deverá ser precedido de análise minuciosa; bem como (ii) que, quando possível, deverá corresponder a cem por cento do valor do próprio contrato principal (art. 17). Ainda quanto à exequibilidade, para além dos interesses das Forças Armadas em receber a medida a ser compensada, a portaria estabelece a necessidade de se analisar se seu efetivo recebimento pela indústria nacional é possível, **“a fim de possibilitar a consecução de objetivos práticos, que atendam as possibilidades do beneficiário, bem como as necessidades das Forças envolvidas”** (art. 20). Por sua vez, o diploma também determinou a comunicação dos resultados da execução da medida, por cada ente contratante, a ente central das Forças Armadas, para **“possibilitar o acompanhamento para análise**

²²⁵ A Portaria específica que esse valor deverá ser considerado em (i) uma única compra ou (ii) cumulativamente com um mesmo fornecedor, no período de até doze meses.

dos efeitos sócio-econômicos, políticos, orçamentários e estatísticos, bem como avaliar sua contribuição no fomento à Indústria de Defesa Brasileira” (art. 16).

Embora a portaria tenha sido editada no ano de 2002, isso não significa que as medidas de “*offset*” não fossem utilizadas antes disso. Apenas a partir da análise da jurisprudência do TCU, identificou-se um caso de uso de compensações em compra de aeronaves realizada no ano de 1975, conforme será visto a seguir. Além disso, é possível que medidas de compensação tenham sido utilizadas em contratações realizadas em outras áreas, sobretudo em caso de importações decorrentes de acordos internacionais.

Nesse contexto, as medidas de compensação foram incluídas na Lei nº 8.666/1993 por meio da Lei nº 12.349/2010, que, como mencionado no tópico anterior, originou-se da MP nº 495/2010.

Na exposição de motivos da referida medida provisória (Exposição de Motivos nº 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18/06/2010), a previsão das medidas de compensação é assim justificada:

Este sistema, já adotado por diversos países, objetiva: (i) a ampliação do investimento direto estrangeiro; (ii) o aumento da competitividade e da produtividade da indústria nacional; (iii) o acesso a novas tecnologias e a ampliação do domínio do conhecimento tecnológico; (iv) a abertura de novos mercados; (v) o desenvolvimento da indústria nacional; (vi) o aumento da participação de bens e serviços nacionais no mercado externo; (vii) a promoção do equilíbrio ou superávit da balança comercial.

Busca-se, assim, utilizar o poder de compra estatal sem perder a oportunidade de capacitação da indústria nacional e de geração de riquezas para o país – ainda que a contratação seja de produtos ou serviços originários do exterior.

Na conversão da MP nº 495/2010 na Lei nº 12.349/2010,²²⁶ o parágrafo autorizando que o contrato promova medidas de compensação ficou assim redigido:

Art. 3º, § 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

Ressalte-se que houve pouca alteração em relação à redação originalmente trazida pela MP nº 495/2010, apenas com o acréscimo da necessidade de justificativa da autoridade competente e de que a indicação das entidades a serem beneficiadas assegure a isonomia.

Por se tratar de disposição inserida na Lei nº 8.666/1993, a aplicação da medida de compensação passa a estar expressamente autorizada para qualquer modalidade ou regime de contratação na qual haja aplicabilidade, ainda que subsidiária, da Lei nº 8.666/1993.

As medidas de compensação possíveis podem ser de natureza (i) comercial; (ii) industrial; (iii) tecnológica; ou ainda podem visar a (iv) facilitar o acesso de financiamento em condições vantajosas.

A compensação poderá ser exigida no caso de contrato que tenha por objeto a aquisição de bens, prestação de serviços ou execução de obras, sendo uma faculdade do ente contratante, que poderá exigi-la quando houver justificativa técnica para tal.

²²⁶ 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: 01/06/2016.

Nesse sentido, a lei coloca como requisitos para o uso da medida de compensação a prévia justificativa da autoridade competente e a necessidade de que o terceiro favorecido²²⁷ deverá ser ente da administração pública ou entidade indicada em processo isonômico. É autorizado que o beneficiário da compensação não seja ente público; poderá ser entidade privada, inclusive com fins lucrativos, desde que escolhida por meio de procedimento isonômico.

Interessante notar que o dispositivo possibilita a aplicação de medida de compensação para contratado tanto estrangeiro, como brasileiro. No caso de contratado brasileiro, a imposição visará a compensar eventuais importações de bens e serviços necessários para a execução do contrato.

O parágrafo remeteu a aplicação das medidas de compensação à regulamentação do Poder Executivo federal. Diante disso, foi editado o Decreto nº 7.546/2011, que regulamentou os §§ 5º a 12, art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, e definiu medidas de compensação como **“qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados”** (art. 2º, III), especificamente as mesmas formas previstas para sua concretização já constantes na Portaria Normativa nº 764/2002 (apenas com o acréscimo da contrapartida industrial).

O decreto instituiu, como visto no item anterior, a Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP) (art. 7º), com caráter temporário e atribuições específicas atinentes à proposição e ao acompanhamento da aplicação das medidas de compensação. Entre as atribuições da CI-CP quanto às medidas de compensação (art. 8º), o decreto estabeleceu a competência para elaborar proposições normativas referentes às medidas de compensação; analisar estudos setoriais para subsidiar a definição e a implementação das medidas de

²²⁷ Usa-se o termo “favorecido” sem juízo de valor, como sinônimo de “beneficiado”.

compensação; promover avaliações de impacto econômico das medidas de compensação nas compras públicas sobre o desenvolvimento nacional; e acompanhar e avaliar a evolução e a efetiva implantação das medidas de compensação no processo de compras públicas.

O decreto previu também que as medidas de compensação deverão ser promovidas, prioritariamente, no setor de competência do contratante (art. 8º, § 4º). Contudo, a fixação das medidas de compensação observará as diretrizes gerais das políticas industrial, tecnológica e de comércio exterior vigentes (art. 8º, § 3º).

Posteriormente à inclusão da previsão das medidas de compensação na Lei nº 8.666/1993, foi editada a Lei nº 12.598/2012, que estabeleceu regras específicas para as contratações de produtos e sistemas de defesa. Referida lei dispôs sobre as medidas de compensação no caso de importação de produto ou sistema de defesa:

Art. 4º Os editais e contratos que envolvam importação de Prode **[Produto de Defesa]** ou SD **[Sistema de Defesa]** disporão de regras definidas pelo Ministério da Defesa quanto a acordos de compensação tecnológica, industrial e comercial.

§ 1º Constará dos editais de que trata o caput deste artigo a exigência de apresentação de Plano de Compensação que explicita o objeto da compensação, o cronograma e o detalhamento da possível inovação.

§ 2º Na impossibilidade comprovada de atendimento ao disposto no caput deste artigo e caracterizada a urgência ou relevância da operação, a importação poderá ser realizada, independentemente de compensação, a critério do Ministério da Defesa.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o Ministério da Defesa poderá exigir que a importação de PED **[Produto Estratégico de Defesa]** seja feita com envolvimento de EED **[Empresa Estratégica de Defesa]** capacitada a realizar ou conduzir, em território nacional, no mínimo, uma das atividades previstas na alínea a do inciso IV do caput do art. 2º.

Ainda conforme definido pela lei, medida de compensação é **“toda e qualquer prática acordada entre as partes, como condição para**

a compra ou contratação de bens, serviços ou tecnologia, com a intenção de gerar benefícios de natureza tecnológica, industrial ou comercial, conforme definido pelo Ministério da Defesa” (art. 2º, VII), enquanto o acordo de compensação é o “instrumento legal que formaliza o compromisso e as obrigações do fornecedor para compensar as compras ou contratações realizadas” (art. 2º, VIII).

Assim, nos processos de contratação que envolvam a importação de produtos e serviços – independentemente da nacionalidade do próprio contratado –, o Ministério da Defesa deverá especificar as medidas de compensação a serem aplicadas no caso. A partir dessas especificações iniciais, o contratado deverá apresentar um plano de compensação, detalhando sua proposta das medidas de compensação ofertadas. Apenas no caso de urgência da importação, a compensação poderá ser dispensada – sendo que, no caso de produto estratégico de defesa, ainda assim o Ministério da Defesa poderá exigir o envolvimento de uma empresa estratégica de defesa para a pesquisa, o desenvolvimento ou a produção do bem no país.

O Decreto nº 7.970/2013, que regulamentou a lei, previu, apenas em relação às medidas de compensação, que elas devem ser autorizadas e acompanhadas pelo Ministério da Defesa, ouvida a Comissão Mista da Indústria de Defesa (CMID) (art. 16).

Por fim, as medidas de compensação foram trazidas pela Lei nº 13.243/2016, que alterou a Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação), passando a prevê-las como um dos instrumentos da política de inovação:

Art. 19, § 6º As iniciativas de que trata este artigo poderão ser estendidas a ações visando a:

X - utilização de compensação comercial, industrial e tecnológica em contratações públicas;

Dessa forma, há previsão legislativa para a aplicação de medidas de compensação tanto na lei geral de contratações, como na legislação sobre contratações na área da defesa e da inovação, ciência e tecnologia.

3.8.2.2 O que se discute na jurisprudência?

Em relação à jurisprudência, não foi encontrado nenhum resultado referente às medidas de compensação no STF²²⁸ e no STJ.²²⁹

No TCU, foram selecionados e analisados 10 acórdãos que discutem a aplicação de medidas de compensação em contratações públicas.²³⁰ Nenhum desses acórdãos, contudo, refere-se expressamente aos dispositivos legais citados. Além disso, esses acórdãos fazem menção a programas que foram iniciados antes da primeira previsão legal das medidas de compensação, no ano 2010.

Todos os casos selecionados referem-se a contratações na área de defesa. Ou seja, apesar da introdução da previsão das medidas de compensação em lei geral de contratações no ano de 2010, nenhum caso fora da área de defesa chegou ao controle do TCU.

²²⁸ Pesquisa realizada em 29/09/2016. Palavras-chave utilizadas: "offset"; "off set"; "off-set"; "acordo(s) de compensação"; "medida(s) de compensação comercial".

²²⁹ Pesquisa realizada em 29/09/2016. Palavras-chave: offset não impressão; "acordo(s) de compensação"; "medida(s) de compensação comercial".

²³⁰ Pesquisa realizada em 29/09/2016. Palavras-chave utilizadas: "offset"; "off set"; "off-set"; "acordo(s) de compensação"; "medida(s) de compensação comercial". Além disso, foram também analisados os acórdãos referenciados ao longo das decisões inicialmente selecionadas com as palavras-chave utilizadas. Foram **selecionados e analisados** no presente item os seguintes acórdãos: Acórdão nº 1959/2007, Plenário; Acórdão nº 1836/2010, Plenário; Acórdão nº 2116/2011, 2ª Câmara; Acórdão nº 4984/2011, Plenário; Acórdão nº 2334/2012, Plenário; Acórdão nº 2952/2013, Plenário; Acórdão nº 5180/2013, Plenário; Acórdão nº 3324/2014, 2ª Câmara; Acórdão nº 543/2016, Plenário; Acórdão nº 2459/2016, Plenário. Ressalte-se que foram **analisados e excluídos** da seleção final, pois apenas mencionam a existência de medidas de compensação, sem qualquer juízo quanto ao seu mérito, os seguintes acórdãos: Acórdão nº 2460/2003, 1ª Câmara; Acórdão nº 2241/2011, Plenário; Acórdão nº 1317/2013, Plenário. Por fim, dois acórdãos foram mencionados em outros previamente analisados (Acórdão nº 1836/2010 e Acórdão nº 543/2016), mas possuem conteúdo sigiloso; são o Acórdão nº 563/2008, Plenário; e o Acórdão nº 3322/2013, Plenário.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que as contratações de defesa são bastante peculiares, e os acórdãos selecionados trataram de questões específicas a cada programa analisado. Ainda assim, é possível identificar pontos em comum entre os acórdãos, bem como questões interessantes de serem consideradas quanto à técnica utilizada, que podem ser reproduzidas em contratações em outras áreas.

As medidas de compensação viabilizam o acesso a tecnologias e inovações que, em geral, não são detidas pelo país comprador. Elas mostram-se particularmente relevantes na área de defesa, tendo em vista o caráter estratégico das tecnologias militares, bem como sua possibilidade de posterior uso dual, também para fins civis. Tanto é assim que as medidas de compensação são aplicadas há muitos anos pelas Forças Armadas, como no exemplo de aplicação de “*offset*” em contratações de aeronaves adquiridas em 1975, o que teria justificado sua não aplicação em contrato mais recente (celebrado em 2005).²³¹ No relatório do Acórdão nº 2952/2013, os fundamentos para o uso de compensações são assim elencados:

O uso de compensações pelo país importador deve-se a uma variedade de razões: reduzir o ônus das aquisições do setor de defesa em sua economia; aumentar ou preservar o emprego doméstico; obter uma tecnologia ou uma inovação tecnológica desejada; capacitar e treinar recursos humanos; promover alguns setores industriais específicos de seu interesse; dentre outras.

Nos acórdãos selecionados, há três pontos principais abordados que são relevantes e merecem ser apontados: (i) a colocação (ou não colocação) das medidas de compensação como parte da negociação das condições gerais da contratação; (ii) o claro reconhecimento da oneração que as medidas de compensação geram para a contratação;

²³¹ Conforme Acórdão nº 1836/2010, relatório: “Não foi estabelecido acordo de compensação comercial, tecnológico, industrial – acordo de *offset* –, sob a justificativa de que as compensações haviam sido obtidas na compra feita em 1975, das quais resultou o domínio dos sistemas empregados na aeronave pela indústria nacional, aspecto que prestigia, em essência, os objetivos explicitados nos normativos do Ministério da Defesa e da Força Aérea”.

e, como consequência, (iii) a preocupação com a eficácia das medidas de compensação, devendo-se atentar para seu bom planejamento e, posteriormente, acompanhamento e avaliação de sua execução.

A previsão e o detalhamento das medidas de compensações aparecem, ao longo dos acórdãos, como **mecanismo de barganha entre ente contratante e interessados em contratar**, viabilizando efetiva negociação não apenas dos termos das compensações em si, mas, também, do próprio contrato principal. Ademais, ao menos em relação aos contratos de defesa da jurisprudência selecionada, essa negociação ocorreu em nível político, envolvendo o alto escalão das burocracias estatais.

Esse é o caso do acordo entre Brasil e China para o lançamento de satélites (analisado nos Acórdão nº 4984/2011, Acórdão nº 5180/2013 e Acórdão nº 3324/2014), em que se narra que as compensações foram acordadas em alto escalão, e consignadas em acordo internacional. Diante de um acordo em que a aplicação de medidas de “offset” para lançamento de satélite foi prevista apenas em termos genéricos, na opinião do TCU não caberia aos gestores decidir pela sua não conveniência, sendo que sua utilização apenas poderia ser dispensada em caso de alteração do acordo.²³²

As medidas de compensação possuem, assim, caráter bastante relevante, especialmente em contratações estratégicas, servindo como pontos de negociação em contratos complexos.

Ressalte-se, contudo, em relação às contratações em defesa, que elas são em geral realizadas de forma direta, sem prévia licitação, em razão de dispensa (art. 24, Lei nº 8.666/1993, principalmente pelos incisos IX,

²³² Nesse sentido, cito trecho do voto do relator no Acórdão nº 5180/2013: “No exame que fez a secretária, acerca desses dois pontos, a unidade consignou que, conquanto o comércio entre os países tenha se desenvolvido favoravelmente, bem assim, o nível de confiabilidade dos lançamentos tivesse se elevado bastante, desde a celebração do protocolo de acordo bilateral, na hipótese de o gestor entender que o ambiente já não comportaria ou dispensaria cláusulas de seguro de relançamento e off-set, tal posicionamento deveria ser informado aos canais competentes para aprimoramento do Protocolo Complementar, em vez de simplesmente não ser observado pelas partes, Brasil e China”.

XIV, XIX ou XXVIII) ou inexigibilidade (art. 25, Lei nº 8.666/1993, diante da singularidade do objeto ou seu fornecedor). Isso permite maior **flexibilidade na negociação** das condições de contratação – incluídas, aí, as medidas de compensação a serem acordadas. Assim, deve-se ponderar se esse potencial de barganha nas medidas de compensação pode ser replicado nas hipóteses de contratação com prévia licitação, considerando-se as regras aplicáveis.

Outro ponto relevante é que há clareza, para o TCU, de que a inclusão de medidas de compensação onera a contratação como um todo, representando um gasto público maior. As compensações representam um custo significativo para o contratado, tanto por conta de atividades a serem executadas, como pela transferência de conhecimento detido por ele ou por seus fornecedores. Esses custos, por sua vez, certamente serão considerados entre os ônus e as vantagens da contratação pretendida. Não se trata, portanto, de um benefício gratuitamente fornecido pelo contratado ao ente contratante, mas, sim, de obrigação negociada dentro das condições da contratação e que representará um centro de custos para as partes. Nesse sentido, o relatório do Acórdão nº 543/2016 ressalta que, “[c]onsiderando que a contratada principal e suas fornecedoras encarregadas de realizar a transferência de tecnologia serão remuneradas por este serviço, conclui-se que o contrato principal é onerado pelos acordos de compensação”.

Interessante, ainda, a comparação feita pela unidade técnica do TCU no Acórdão nº 2952/2013 das compensações como forma de subsídio governamental indireto para os setores favorecidos. Nesse sentido (trecho do relatório):

A prática de offsets pode representar uma forma de o governo do país comprador subsidiar setores que entende como estratégicos evitando conflitos políticos. Em outras palavras, para apoiar um setor industrial alvo, o governo pode exercer sua função alocativa por meio de subsídios diretos no seu orçamento ou mediante política de financiamentos a taxas subsidiadas. Entretanto, essas formas de incentivo podem gerar conflitos políticos, pois os segmentos não contemplados com os mesmos incentivos tendem

a demonstrar insatisfação por estarem à margem do processo. O subsídio mediante offset, por seu turno, é menos transparente a esses atores, o que reduz o atrito na implementação da política de incentivo desejada pelo governo.

Aponte-se, pois, a clareza do TCU quanto à oneração ensejada à contratação pelas medidas de compensação. Há, inclusive, preocupação na duplicidade de percepção de benefícios públicos, como no caso analisado no Acórdão nº 2334/2012, em que se reprova o fato de uma empresa ser favorecida com um "offset", tendo em vista que ela já recebera subvenção econômica.

Veja-se que a oneração da contratação decorre não apenas dos custos necessários para a própria implementação das compensações, mas também da complexidade técnico-jurídica de sua implementação. Nesse sentido, o relatório do Acórdão nº 543/2016 pondera:

Portanto, o montante de créditos de compensação embutido no contrato principal, além de aumentar o seu preço, obriga a celebração de contratos bilaterais, celebrados entre a empresa detentora da tecnologia a ser transferida (fornecedora da contratada principal – Prime Contractor) e a empresa beneficiária (recebedora da tecnologia). Esses contratos bilaterais de transferência de tecnologia poderão ser executados ainda que as empresas atuantes no setor sejam pouco qualificadas para receber a tecnologia ofertada, ou que as empresas recebedoras da tecnologia sejam subsidiárias brasileiras das mesmas empresas transferidoras de tecnologia.

Apesar da relevância em auferir o custo-benefício da medida de compensação proposta, o relatório do Acórdão nº 2952/2013 destaca que a singularidade dos projetos militares dificulta a comparação

objetiva de seus custos e alternativas²³³ – ponderação que aponta possíveis dificuldades na quantificação adequada das compensações.

Terceiro ponto abordado na jurisprudência selecionada é, em parte, consequência do tema anterior, quanto à clareza de que as compensações aumentam o gasto público com a contratação. Diante dessa premissa, os acórdãos ressaltam a importância de atentar para a eficácia das medidas de compensação e, para isso, defini-las de forma bem planejada, com minucioso acompanhamento de sua execução. No Acórdão nº 2952/2013, por exemplo, o relator destaca em seu voto a necessidade de minucioso diagnóstico da realidade e de clareza quanto aos objetivos perseguidos:

A questão fulcral no processo de transferência de tecnologia é que ele só se completa e se torna efetivo quando satisfeitas duas condições: a) a disposição do transferidor em transferir a tecnologia; e b) o receptor deve ter meios de absorver o conhecimento transferido (Takahashi, 2005, p. 256, *apud* Dias & Porto, 2013, p. 266). Para que isso seja atingido em qualquer prática compensatória de *offset*, como é chamada, é preciso ter claros os objetivos, o nível da capacidade técnico-científico e industrial do país, a existência de tecnologias locais passíveis de serem utilizadas ou aprimoradas, as estimativas de custos dos ativos a serem desenvolvidos e a capacidade técnico-científica e industrial para a absorção e a aplicação da tecnologia transferida.

²³³ Acórdão nº 2952/2013, Relatório: “No tocante à questão da economicidade, é oportuno destacar que, desde os levantamentos de auditoria realizados nesses projetos e, no caso do Prosub, também nas primeiras auditorias já efetivadas, com exceção da fiscalização nas obras do estaleiro e da base naval (TC 027.943/2010-0), consolidou-se nesta Unidade Técnica a visão de que não seria apropriado se empreender análises mais aprofundadas para averiguar a adequabilidade dos custos envolvidos nas contratações. Contribuíram para a consolidação desse entendimento, entre outros, o argumento de que as contratações estavam alinhadas a compromissos estabelecidos em acordos internacionais firmados entre o Brasil e a França e, por isso, escapavam à análise singular do preço. A inexistência de projetos equivalentes envolvendo outros países que pudessem servir de parâmetro idôneo de comparação ou a impossibilidade de acesso a dados sobre contratos similares em outros países (sensibilidade da informação), caso existentes, complementava um cenário onde era pouco viável à equipe obter parâmetro para avaliação da vantajosidade do preço negociado”.

Já no Acórdão nº 543/2016, o tribunal determinou ao Ministério da Defesa a elaboração de diretrizes mínimas para realizar o Estudo de Viabilidade de Transferência de Tecnologia (sendo a transferência de tecnologia uma das formas possíveis de medida de compensação) para os projetos a serem contratados pelos órgãos do ministério, devendo as diretrizes prever metodologia capaz de traçar o diagnóstico da base industrial nacional relacionada à tecnologia que se pretenda obter (de modo a justificar a necessidade da medida), bem como identificar o custo adicional a ser gerado para a contratação com a compensação proposta.²³⁴

O TCU também demandou maior esforço por parte dos órgãos contratantes para criar mecanismos de acompanhamento da execução das medidas de compensação, inclusive com o desenvolvimento de indicadores capazes de acompanhar e avaliar o alcance dos benefícios visados com os “*offsets*”. Nesse sentido, por exemplo, o TCU determinou, no Acórdão nº 2952/2013, que o órgão contratante do Ministério da Defesa **“estabeleça indicadores para mensurar a evolução dos processos de transferência de tecnologia do Prosub, para avaliar de forma objetiva os benefícios de se onerar a aquisição/desenvolvimento de equipamentos sob o argumento de que haverá capacitação da indústria nacional, ou da própria Força;”**.

Ainda tendo em vista a questão do uso de recursos públicos, no Acórdão nº 2952/2013, foi destacada a necessidade de mais atenção na seleção das empresas beneficiadas. Nessa decisão, a unidade técnica apontou que ou os critérios de seleção não estavam claros, ou foram deixados única e exclusivamente a cargo da contratada, sem participação do

²³⁴ Conforme acórdão: “9.1.3 ao Ministério da Defesa/MD que: 9.1.3.1 implemente procedimentos visando à elaboração de normativo estabelecendo modelo de Estudo de Viabilidade de Transferência de Tecnologia (EVTOT) a ser adotado pelos comandos militares, orientando, pelo menos, quanto aos seguintes aspectos: mapeamento da base industrial e tecnológica de defesa (BITD) relacionada às tecnologias que se desejam obter a partir do projeto de desenvolvimento ou de aquisição de equipamento ou sistema de emprego militar, cotejando tal informação com as tecnologias oferecidas ou a serem negociadas no contrato principal; e estimativa de acréscimo contratual em consequência dos acordos de compensação envolvendo transferência de tecnologia”.

ente contratante. Nesse sentido, o Acórdão nº 2952/2013 determinou ao Ministério da Defesa a alteração da Portaria nº 764/2002 (acima analisada), de modo a incluir critérios para a seleção das empresas, nos seguintes termos:

9.1.2. atualize a Portaria Normativa 764/ MD, de dezembro de 2002, no uso da competência que lhe atribui o artigo 19 do Decreto 7.970, de março de 2013, no sentido de estabelecer critérios mínimos de seleção e de inserção da indústria de defesa em empreendimentos militares que envolvam acordos de compensação, sem prejuízo do estabelecimento de parâmetros específicos por parte dos Comandos Militares em cada caso concreto;

Sobre o tema, lembre-se que o processo de escolha das empresas favorecidas foi um dos dois pontos que sofreram modificação na conversão da MP nº 495/2010 em lei, acrescentando-se que a escolha deveria ocorrer “a partir de processo isonômico”.

3.8.2.3 Considerações finais

Os principais pontos que podem ser extraídos do estudo do caso das medidas de compensação são os seguintes:

(i) As medidas de compensação viabilizam o uso do poder de compra estatal para a capacitação da indústria nacional e de geração de riquezas para o país, sem ensejar restrições absolutas para o acesso estrangeiro à contratação pública.

(ii) Antes de qualquer autorização legal expressa, as medidas de compensação já vinham sendo utilizadas e mesmo normatizadas nas contratações da defesa. Foram originalmente previstas em âmbito infralegal pela Portaria Normativa nº 764/2002, do Ministério da Defesa. Em 2010, foram incluídas na Lei nº 8.666/1993 (art. 3º, § 11), e então previstas na lei específica de contratações de defesa (Lei nº 12.598/2012), e na lei de política de inovação (Lei nº 10.973/2004, alterada pela Lei nº 13.243/2016).

(iii) Não foi encontrado nenhum acórdão referente ao tema no STF e no STJ. Nos acórdãos do TCU selecionados (10), não

foi encontrado nenhum que fizesse referência expressa aos dispositivos legais citados, sendo que todos referiam-se a programas que foram iniciados antes da primeira previsão legal das medidas de compensação (ano de 2010).

(iv) Nos acórdãos selecionados, há três pontos principais a serem destacados: (i) as medidas de compensação fazem parte da negociação (instrumento de barganha) das condições gerais da contratação; ressalte-se, contudo, em relação às contratações em defesa, que elas são, em geral, realizadas sem prévia licitação, o que permite maior flexibilidade na negociação efetiva das condições de contratação; (ii) o claro reconhecimento da oneração que as medidas de compensação geram para a contratação e, portanto, a relevância em auferir o custo-benefício da medida de compensação proposta (destacando-se, contudo, que a singularidade dos projetos militares dificulta a comparação objetiva de seus custos e alternativas); e, como consequência, (iii) a preocupação com a eficácia das medidas de compensação, devendo-se atentar para seu bom planejamento e, posteriormente, seu acompanhamento e a avaliação de sua execução.

3.8.3 Preferências para micro e pequenas empresas

Neste item, abordarei as preferências nas contratações públicas para as micro e pequenas empresas (“MPEs”) trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006. Trata-se de preferências diversas, operacionalizadas por diferentes técnicas, e aplicáveis para as contratações públicas em geral, independentemente de seu objeto.

3.8.3.1 Institucionalização das preferências para micro e pequenas empresas

A Constituição Federal expressamente determina o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas.²³⁵ Por meio da concessão de privilégios ou facilidades, espera-se neutralizar as situações de desvantagem econômica, técnica ou gerencial das MPes em comparação com as demais empresas, permitindo que concorram e disputem mercado em condições mais equivalentes. E, com seu desenvolvimento, induzem-se externalidades positivas para a sociedade, como a geração de empregos e a movimentação da economia.

A neutralização das desvantagens materiais enfrentadas pelas MPes pode ser perseguida por diversos mecanismos – isenções fiscais, facilidades de procedimentos burocráticos, subsídios e fomentos. Há exemplos de iniciativas legais que buscaram criar um sistema protetivo para as MPes, com a previsão de incentivos diversos, envolvendo tanto a simplificação de procedimentos, como a concessão de tratamento jurídico e econômico privilegiado.²³⁶ No entanto, **a Lei Complementar nº 123/2006 foi o primeiro diploma que previu preferências especificamente no âmbito das contratações públicas.**

²³⁵ Constituição Federal: “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: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

²³⁶ Mencione-se, por exemplo, a Lei nº 8.864/1994 (revogada pela Lei nº 9.841/1999), que estabelecia tratamento diferenciado para as MPes, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, bem como o fomento creditício e de desenvolvimento empresarial; a Lei nº 9.317/1996 (revogada pela LC nº 123/2006), que dispunha sobre um regime tributário simplificado para as MPes (o “SIMPLES”); e a Lei nº 9.841/1999 (revogada pela LC nº 123/2006), que instituiu tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido para as MPes.

Logo de início, a lei complementar estabelece um rol de mecanismos para permitir tratamento mais favorecido para as MPEs, entre os quais o **“acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão”** (art. 1º, III). Reconhece-se, pois, o mercado de contratações públicas como local ao mesmo tempo relevante para o desenvolvimento das MPEs, mas que também impõe dificuldades de acesso. Diante disso, o Capítulo V da lei trata do **“acesso ao mercado”**, sendo sua primeira seção o mercado das **“aquisições públicas”**.

Há **três principais tipos de preferências às MPEs** que podem ser identificadas na lei complementar em relação às contratações públicas.

O primeiro grupo refere-se a **simplicificações procedimentais na fase de habilitação**, que flexibilizam as exigências normalmente aplicáveis aos licitantes e, com isso, visam a facilitar o acesso das MPEs ao processo de contratação. A lei complementar prevê duas situações que se enquadram nessas hipóteses: (i) a comprovação de regularidade fiscal da MPE apenas para a assinatura do contrato, e não já constante nos documentos da própria licitação (art. 42)²³⁷; e (ii) a concessão de prazo (cinco dias úteis) para que a MPE regularize sua documentação fiscal, caso haja qualquer irregularidade (art. 43, § 1º)²³⁸.

²³⁷ LC nº 123/2006: “Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato”.

²³⁸ LC nº 123/2006: “Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição. § 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. § 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”.

A lei complementar também prevê **preferência na etapa de julgamento das propostas**, em caso de empate (art. 44 e art. 45)²³⁹. Cria-se, contudo, um **empate “fictício”**: considerar-se-á empate a oferta de preço, por MPE, que for igual ou até 10% (ou, no caso de pregão, 5%) superior ao preço da melhor proposta. Ou seja, se houver proposta ofertada por MPE até 10% superior ao melhor preço ofertado (que não seja de empresa enquadrada em micro ou pequeno porte), será conferida oportunidade para que a MPE faça nova oferta e cubra a proposta melhor classificada. Neste caso, isto é, se a MPE **“apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame”**, então o **“objeto será adjudicado em seu favor”**.

Interessante notar que, embora a técnica aqui utilizada seja a preferência no julgamento da proposta, ela é diferente da margem de preferência para produtos e serviços nacionais vista acima (item 3.8.1). Lá, admite-se que o ente contratante pague mais (até 25% a mais) do que o ofertado na melhor proposta, para que o produto ou serviço

²³⁹ LC nº 123/2006: “Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta. § 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame. § 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte. § 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão”.

nacional seja preferencialmente contratado. Já aqui, concede-se uma nova oportunidade na competição para que a MPE possa apresentar nova proposta, de modo a cobrir o valor até então mais baixo e, com isso, ter preferência na contratação. **A lei complementar não autoriza, portanto, que o ente público contratante pague a mais pela proposta da MPE, mas sim que esta reduza seu valor originalmente apresentado.** O tratamento privilegiado reside nesta concessão de uma nova oportunidade à MPE, que terá o lance final para decidir se cobrirá ou não a melhor oferta apresentada. Essa nova chance, por sua vez, poderá ser conferida não apenas em caso de empate real entre as propostas, mas também caso a proposta original da MPE esteja até 10% (ou 5%, no caso de pregão) mais alta do que a proposta melhor.

Por fim, a Lei Complementar determina que União, estados e municípios concedam ("**deverá ser concedido**"),²⁴⁰ em suas contratações, "**tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica**" (art. 47, caput)²⁴¹. Enquanto não houver legislação estadual ou municipal regulando essas preferências, deverá ser aplicada a legislação federal (art. 47, parágrafo único).

Em seguida, o diploma arrola como preferências aptas a promover o desenvolvimento local e regional (art. 48): (i) a imposição de que a administração realize **contratação exclusiva** para MPEs, no caso de aquisição de itens em valor de até oitenta mil reais; (ii) a autorização para que a administração exija dos licitantes, em contratações de obras e serviços, a **subcontratação de MPEs** (inclusive com a possibilidade

²⁴⁰ Note-se que, em sua redação original, o artigo previa que "poderá ser concedido", dando caráter de faculdade. Já na redação atual, conferida pela Lei Complementar nº 147/2014, o artigo determina que "deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado", conferindo caráter de obrigatoriedade.

²⁴¹ Esse artigo já constava da redação original da lei, mas foi ligeiramente alterado pela lei complementar nº 147/2014 – sem, contudo, alteração significativa de seu comando.

de empenho direto, conforme § 2º); e (iii) em aquisições de bens de natureza divisível, estabelecimento de *cota*, de até 25% do objeto total, destinada exclusivamente às MPEs.²⁴²

Após arrolar esses instrumentos nos incisos do caput do art. 48, a lei complementar prevê ainda, no parágrafo 3º desse artigo, a possibilidade de concessão, de forma justificada, de **“prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”**²⁴³. Trata-se, portanto, de mecanismo semelhante à margem de preferência para bens e serviços nacionais, em que se autoriza a contratação de proposta mais cara (até determinado limite, no caso, 10%), desde que essa proposta venha do grupo protegido (no caso, micro ou pequena empresa local ou regional). Por sua vez, essa preferência distingue-se daquela prevista no art. 44, em que se concede prioridade na contratação em caso de “empate”, desde que a micro ou pequena empresa cubra a melhor proposta apresentada.

A lei, contudo, afasta a aplicação dessas preferências previstas no art. 48 quando (art. 49): (i) não houver, no mínimo, três fornecedores competitivos enquadrados como MPE; (ii) não houver vantajosidade

²⁴² A LC nº 123/2006 prevê algumas situações de exceção à aplicação dessas preferências: “Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - (Revogado); II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48”.

²⁴³ Esse parágrafo foi incluído pela Lei Complementar nº 147/2014.

para o ente contratante ou para o objeto a ser contratado; ou (iii) a licitação for dispensável ou inexigível.²⁴⁴

Portanto, nessas hipóteses previstas no art. 48, o diploma usa as contratações públicas como instrumento para buscar o desenvolvimento das MPEs especificamente em âmbito local e regional, facultando ou mesmo impondo que essas MPEs tenham acesso privilegiado nas contratações públicas locais. Para isso, utiliza três diferentes técnicas de preferências: as **contratações exclusivas ou por cota** (em que somente poderão participar as MPEs), a **imposição de obrigação contratual** (no caso de obrigatoriedade de subcontratação de MPE pelo contratado) e a **preferência no julgamento** (no caso de margem de preferência para MPEs sediadas no local ou região da execução do contrato). Nos dois primeiros casos, a lei complementar confere garantia de acesso às suas contratações pelas MPEs, uma vez que apenas a efetiva contratação (ou subcontratação) satisfará o comando legal. Trata-se, portanto, de preferência diferente dos outros casos (simplificação da habilitação e preferência em caso de empate ou no julgamento), em que o acesso é facilitado, porém não garantido.

Interessante mencionar que, da análise do processo legislativo de aprovação da Lei Complementar nº 123/2006 na Câmara, constata-se que, originalmente, **não havia qualquer previsão de preferências nas contratações públicas**.²⁴⁵ O projeto de lei complementar, apresentado pelo Deputado Jutahy Junior (PSDB-BA), era relativamente sucinto (tinha somente dez artigos), e tratava apenas de facilidades na tributação e abertura de empresas. Fundamentava-se em dados que demonstravam

²⁴⁴ Em sua redação original, a Lei previa, ainda, que essas preferências não seriam aplicáveis se não fossem expressamente previstas no edital. Esse requisito, contudo, foi revogado pela Lei Complementar nº 147/2014.

²⁴⁵ Trata-se do PLP 123/2004, apresentado em 19/01/2004. A tramitação do projeto de lei na Câmara consta em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=150559>. Acesso em: 10/09/2016.

que as micro e pequenas empresas eram maioria no país – e, portanto, grandes empregadores e geradores de riqueza.²⁴⁶

O parecer e projeto substitutivo apresentados pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) tampouco faziam menção às contratações públicas.²⁴⁷

A possibilidade de preferências às MPEs nas contratações públicas, como forma de facilitar seu acesso a esse mercado, irá aparecer apenas no substitutivo da “Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei Complementar nº 123, de 2004”, apresentado em 16/11/2005. Esse substitutivo confere maior amplitude à lei, passando a tratar de temas diversos, inclusive as preferências nas compras públicas. Em relação a esse tema, a estrutura (com uma seção específica: Capítulo V – Do Acesso aos Mercados, Seção Única – Das Aquisições Públicas) e as disposições do substitutivo muito se aproximam à posteriormente promulgada (de forma até mais detalhada, aliás). No entanto, o mais interessante, a meu ver, é que **o parecer não trouxe justificativa específica para a inclusão dessa seção de preferências nas aquisições públicas**. Esse tema aparece apenas no relato das audiências públicas realizadas, onde foi apontado por um dos expositores que:

As compras governamentais, hoje, também não são voltadas para as microempresas. Seria necessário rever a Lei de Licitações para

²⁴⁶ Conforme exposição de motivos: “Segundo dados do BNDES, 98% do total de empresas do país são constituídas de micros e pequenas empresas e representam 93% dos estabelecimentos empregadores, que correspondem a cerca de 60% dos empregos gerados no país, participando com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços. Com estes dados, podemos perceber a importância das pequenas e microempresas no desenvolvimento de nossa economia e principalmente como fator de geração de emprego e distribuição de renda”.

²⁴⁷ Nem o parecer original e o parecer substitutivo apresentados em 24/05/2004, nem os pareceres complementares, apresentados em 09/06/2004.

permitir compras em lotes menores, de modo a que os pequenos empresários também pudessem fornecer para o Poder Público²⁴⁸.

Esse substitutivo proposto pela Comissão Especial será, com alguma alteração, submetido à votação do plenário, aprovado na Câmara e no Senado, e promulgado como Lei Complementar nº 123/2006.

Ou seja, a seção referente às aquisições públicas não constava do projeto original, e foi incluída na tramitação, conforme proposta de comissão específica para análise do projeto, sem qualquer justificativa seja quanto à necessidade e adequação da concessão de preferências nas contratações públicas como instrumento de fomento para as micro e pequenas empresas, seja quanto a cada uma das técnicas previstas.

Por fim, mencione-se que as preferências nas contratações previstas na lei complementar foram originalmente reguladas pelo Decreto nº 6.204/2007, posteriormente revogado pelo Decreto nº 8.538/2015, atualmente em vigor. Esse decreto detalha algumas medidas visando à maior participação das MPEs, dentre as quais destaco: **“padronizar e divulgar as especificações dos bens, serviços e obras contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos”** (art. 2º, II), e **“na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente”** (art. 2º, III). Ou seja, o decreto aponta para o cuidado no uso das especificações do objeto, reconhecendo ser essa etapa relevante para a configuração dos futuros participantes da licitação. Nesse sentido, também exprime a importância na transparência dessas especificações, de modo a permitir que os interessados – e, no caso, as MPEs – possam a elas adequar-se.

²⁴⁸ Conforme mencionado no Parecer do Relator da Comissão Especial, Dep. Luiz Carlos Haully (PSDB-PR), datado de 16/11/2005, essa constatação foi feita pelo Senhor José Tarcísio da Silva, Presidente da Confederação Nacional das Entidades de Micro e Pequenas Empresas do Comércio e Serviços – CONEMPEC, em audiência pública realizada em 15 de junho de 2005.

No mais, o decreto detalha a operacionalização das preferências previstas nos art. 44, 45, 47 e 48 nos procedimentos de contratação. Assim, por exemplo, regula como calcular o critério de empate previsto no art. 44 da lei complementar nas licitações do tipo técnica e preço (art. 5º, § 8º), ou como prever na minuta de contrato as obrigações de subcontratações de micro e pequena empresa por parte do futuro contratado (art. 7º).

3.8.3.2 O que se discute na jurisprudência?

Na jurisprudência do STF, não foi encontrado nenhum resultado referente às preferências trazidas pelos art. 44 a 48, da Lei Complementar nº 123/2006.²⁴⁹

No STJ, foram encontrados 8 resultados sobre o tema²⁵⁰. Não obstante, os julgamentos foram eminentemente processuais, sendo que em nenhum deles é possível extrair um posicionamento de mérito do tribunal em relação às preferências (e sua implementação) trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006.

Cinco decisões abordam a questão da **ausência de previsão editalícia da preferência em caso de empate fictício** (art. 44 e art. 45 da Lei), sendo que quatro delas referem-se ao mesmo caso concreto.²⁵¹ Nos

²⁴⁹ Pesquisa realizada em 10/10/2016. Palavras-chave utilizadas: microempresa; “pequena empresa” e licitação.

²⁵⁰ Pesquisa realizada em 21/10/2016. Palavras-chave utilizadas: lei adj complementar 123; lei adj complementar 123 preferência; microempresa licitação. Foram analisados e selecionados para comentários no presente item os seguintes acórdãos e decisões monocráticas: MC 15716, decisão monocrática (publicação: 01/07/2009); REsp 1319615, decisão monocrática (publicação: 21/08/2013); REsp 1185161, decisão monocrática (publicação: 22/08/2013); AREsp 91635, decisão monocrática (publicação: 11/04/2012); SS 2679, decisão monocrática (publicação: 17/09/2013); AgRg na MC 23661, 2ª Turma (julgamento: 18/12/2014); REsp 1368212, decisão monocrática (publicação: 30/08/2013); SS 1796, decisão monocrática (publicação: 14/12/2007). Ressalte-se que foram analisados e excluídos da seleção final, pois apenas mencionam a questão das preferências trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações, mas sem fazer juízo em relação ao tema, os seguintes acórdãos: REsp 1267845 decisão monocrática (publicação: 20/08/2013); HC 270479, decisão monocrática (publicação: 24/05/2013); e SS 002357, decisão monocrática (publicação: 28/05/2010).

²⁵¹ São eles: MC 15716, REsp 1319615, REsp 1185161 e AREsp 91635. Há, ainda, a SS 2679, que se refere a outro caso, porém ao mesmo tema.

casos, mesmo não tendo o edital expressamente previsto a preferência, ainda assim ela foi aplicada durante a licitação, ensejando a contratação de microempresa. Diante disso, a empresa classificada em segundo lugar recorreu ao Judiciário, alegando irregularidade da conduta da comissão de licitação que aceitou a reapresentação da proposta da MPE. Discute-se, portanto, se, na ausência de norma editalícia sobre a preferência, a previsão da lei complementar ainda assim se aplicaria ao processo de contratação.

Nesses casos, há dois argumentos principais. De um lado, como se extrai da sentença do primeiro grau mencionada no voto do REsp 1319615, **“a aplicabilidade da referida lei prescinde de previsão em edital, na exata medida em que quando iniciada sua vigência passaram a incidir suas disposições auto-aplicáveis, como é o caso dos arts. 44 e 45, sobre todas as situações que regula, independentemente de qualquer outra exigência formal”**. De outro lado, conforme se extrai do voto do MC 15716 (citando o acórdão recorrido no caso), **“em que pese haver previsão legal acerca do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, o Edital da licitação deveria ter previsto como isso ocorreria no certame em questão”, uma vez que “o edital vincula a Administração e todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório (...)”**.

Os outros casos (3) referem-se a temas diversos: *(i)* erro de enquadramento de empresa como MPE (AgRg na MC 23661); *(ii)* pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 123/2006 (REsp 1368212), ressaltando-se que não houve análise de mérito em razão da inadequação da via processual eleita; e *(iii)* recurso contra decisão administrativa de não aplicar a Lei Complementar nº 123/2006 (SS 1796).

Como mencionado acima, em nenhuma dessas decisões do STJ é possível extrair o posicionamento do tribunal quanto aos temas

levantados, uma vez que os votos referiam-se, eminentemente, a questões processuais.

No TCU, foram encontrados 199 acórdãos²⁵² – número que, comparativamente com a quantidade encontrada nos dois casos anteriores, demonstra a grande frequência com que o Tribunal depara-se com o tema.

Tendo em vista a quantidade de acórdãos selecionados, eles foram listados no APÊNDICE II: Jurisprudência do TCU – Preferências da LC nº 123/2006, e separados por temas, conforme serão analisados neste item.

A grande maioria diz respeito a denúncias ou a representações de empresas que se declararam indevidamente como micro ou pequena empresa na licitação para fazer jus a alguma preferência trazida pela lei complementar²⁵³. Foram encontrados 184 acórdãos referentes a esse tema específico, o que representa 92% do total de acórdãos. Desses, apenas 3 consideraram regular o enquadramento da licitante como MPE e 181 como irregular.

Nos casos referentes à declaração de enquadramento como micro ou pequena empresa, esse enquadramento foi utilizado para as diversas preferências contidas nos art. 44 a 48 da Lei Complementar nº 123/2006, notadamente para a preferência de desempate (art. 44) e para as contratações exclusivas (art. 48, I). O tribunal entendeu que o

²⁵² Pesquisa realizada entre 11/10/2016 e 12/10/2016. Palavras-chave utilizadas: microempresa e licitação e preferência e desempate; microempresa e reservada; microempresa e inidoneidade e 123. Foram, ainda, pesquisadas as decisões referenciadas nos acórdãos originalmente encontrados.

²⁵³ Nesse sentido, mencione-se trecho do voto do Ministro Relator Benjamin Zymler, tanto no Acórdão nº 2858/2013, Plenário, como no Acórdão nº 352/2014, Plenário: “Ora, a prestação de declaração falsa em uma licitação, com o fim de usufruir indevidamente dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, não pode ser considerada como erro formal, pois caracteriza burla ao princípio constitucional da isonomia e à finalidade pública almejada pela lei e pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição, que é fomento do desenvolvimento econômico das micro e pequenas empresas, por meio de tratamento favorecido em relação ao dispensado às empresas de maior porte”.

enquadramento indevido da licitante como micro ou pequena empresa gera vantagem competitiva indevida, sendo, portanto, caracterizada como fraude à competição da licitação.

Importante mencionar que a grande maioria desses casos é instaurada no tribunal a partir de representações, sendo que, muitas vezes, há decisão no sentido de suspender a licitação ou mesmo a execução contratual, bem como de aplicar penalidades aos gestores e empresas licitantes. Trata-se, assim, de tema que gera bastante conflituosidade no âmbito do órgão de controle.

Dos 181 acórdãos que julgaram irregular o enquadramento como micro ou pequena empresa, apenas 16 não tiveram a aplicação da pena de inidoneidade – seja por conta da inexistência de prejuízo à administração ou de ausência de efetiva obtenção de vantagem indevida pela licitante, julgando-se cabível, apenas, a notificação à empresa. A pena de declaração de inidoneidade é aplicada com fundamento no art. 46, Lei nº 8.443/1996.²⁵⁴ Em alguns casos, cogitou-se também na aplicação das penas previstas no art. 90 e art. 93, Lei nº 8.666/1993²⁵⁵. Houve, ainda, determinação de que os entes contratantes empregassem maior diligência na verificação da documentação apresentada pela licitante²⁵⁶. Além da questão quanto ao enquadramento indevido de licitante como MPE, o TCU julgou, ainda, outros temas diversos sobre as preferências nas contratações públicas para as MPEs (15 julgados).

²⁵⁴ Lei nº 8.443/1996: “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

²⁵⁵ Lei nº 8.666/1993: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

²⁵⁶ Nesse sentido: Acórdão nº 504/2015, Plenário; e Acórdão nº 2921/2014, Plenário.

No **Acórdão nº 1231/2008, Plenário** (data da sessão: 25/06/2008), questionou-se a constitucionalidade de cláusulas de edital que reproduziam as preferências às MPEs trazidas pela lei complementar. Assim, a discussão central do acórdão foi a **constitucionalidade do tratamento diferenciado trazido pela lei**, diante do princípio de isonomia aplicado às contratações públicas, conforme art. 37, XXI, CF.

De acordo com o voto do relator (Ministro Guilherme Palmeira), no caso específico das MPEs, o constituinte determinou, de fato, um tratamento diferenciado, “**com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais**”. Conforme entendeu o relator, não haveria antagonismo nesses comandos, mas complementariedade, na medida em que o tratamento diferenciado visa a permitir o alcance da igualdade. Diante disso, as preferências legais não seriam inconstitucionais, uma vez que buscam conferir maior igualdade às MPEs. O relator aponta, ainda, que o fim da licitação não se restringe à busca da melhor proposta financeira, mas também à ampliação da competição, por meio do fomento ao mercado:

Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado.

Já o **Acórdão nº 2387/2008, Plenário** (data da sessão: 29/10/2008), tratou de representação no sentido de que **a preferência aplicada em determinada contratação não seria devida, tendo em vista o disposto no art. 49 da Lei Complementar**. O tribunal, contudo, entendeu que nenhuma das situações previstas nos incisos do art. 49 teria ocorrido

no caso concreto, sendo adequadas, pois, as preferências aplicadas no caso.²⁵⁷

O Acórdão nº 2957/2011, Plenário (data da sessão: 09/11/2011), refere-se a consulta acerca da operacionalização das regras de tratamento diferenciado para as MPEs. Entre outras questões procedimentais (referentes, por exemplo, à operacionalização das preferências por meio do Sistema de Registro de Preços), indagou-se sobre a **possibilidade de cumulação da preferência** prevista no art. 48, I, da Lei Complementar (contratação exclusiva) com o requisito **de que as MPEs estejam sediadas no local do ente contratante**.²⁵⁸

²⁵⁷ Conforme trecho do voto do relator: “O cerne das supostas irregularidades noticiadas pela Representante envolve a Lei Complementar nº 123/2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A Representante noticia a inobservância do disposto no art. 49 da Lei Complementar. Esse artigo disciplina as hipóteses em que não se aplicam os arts. 47 e 48 do mencionado Diploma. No caso concreto, não se verificam essas possibilidades como fatores impeditivos do certame realizado pela INFRAERO, senão vejamos. Havia previsão editalícia dos critérios diferenciados para microempresas ou empresa de pequeno porte. Não há nos autos documentos que evidenciem a inexistência de três fornecedores competitivos; a própria natureza dos serviços a serem contratados acena para a possibilidade de múltiplos fornecedores. O certame não se apresentou desvantajoso para a Administração; ao contrário, o preço da empresa vencedora estava abaixo do preço orçado pela licitante, em consonância com o disposto no Decreto nº 6.204/2007, que, ao regulamentar o disposto no inciso III do art. 49 da LC nº 123/2006, estabeleceu ser desvantajosa a contratação diferenciada quando a proposta for superior ao preço de referência apurado pela Administração. Também não se verificou a hipótese de contratação direta, seja por meio de dispensa, seja por meio de inexigência de licitação. Nesse sentido, não subsiste o descumprimento do art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006, como noticiou a Representante”.

²⁵⁸ Ressalte-se que, à época da consulta, ainda não havia a previsão do art. 48, § 3º (margem de preferência para as MPEs locais ou regionais), mas já existia o comando geral de fomento a essas empresas locais e regionais, conforme art. 47, *caput*.

Na ocasião, o tribunal decidiu que a restrição de localidade não seria devida.²⁵⁹

Outro tema trazido à apreciação do TCU diz respeito à operacionalização da cumulação entre a **preferência às MPEs** em caso de empate (art. 44 e 45, Lei Complementar nº 123/2006) e a **preferência para bens e serviços de informática produzidos no país** (art. 3º, Lei nº 8.248/1991). Nos **Acórdão nº 4056/2010, Plenário** (data da sessão: 06/07/2010) e **Acórdão nº 4241/2012, 2ª Câmara** (data da sessão: 19/06/2012), representou-se contra licitação que apenas teria concedido a primeira, e não a segunda. De acordo com o entendimento do pregoeiro, e diante do previsto nos art. 5º e 8º do Decreto nº 7.174/2010 (que regula a aplicação das preferências da Lei nº 8.248/1991), a preferência para bens e serviços de informática produzidos no país apenas seria aplicável se a preferência para as MPEs não fosse exercida. No entanto, em ambos os casos, o relator entendeu que as preferências são aplicadas sucessivamente, e não de forma excludente: primeiro, concede-se a preferência para as MPEs apresentarem nova proposta, nos termos do art. 44 e 45, Lei Complementar nº 123/2006; em seguida, concede-se a oportunidade para as empresas com processo produtivo no país

²⁵⁹ Cite-se, aqui, ementa do acórdão: "Sumário: CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. 1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante. 2. As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. 3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação".

apresentarem nova proposta, na ordem e nos termos estabelecidos nos art. 5º e 8º do Decreto nº 7.174/2010.²⁶⁰

Tema recentemente levantado na jurisprudência do TCU diz respeito à aplicabilidade das preferências previstas na Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações das empresas estatais. Esse ponto foi trazido no **Acórdão nº 2055/2016, Plenário** (data da sessão: 10/08/2016), referente à contratação de serviços pela Petrobras. A representante, empresa de pequeno porte, alegou que não lhe foi concedida oportunidade para apresentar nova proposta para cobrir a menor oferta dada por uma empresa não enquadrada em MPE (no caso, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai). Assim, a classificação das propostas não teria observado a preferência de contratação para as MPEs. O pedido do referido acórdão, contudo, tratava de questão procedimental: agravo contra decisão do TCU que determinou a oitiva prévia, antes da suspensão da contratação (sendo requerida no agravo, portanto, a suspensão imediata da contratação, sem oitiva prévia), o que foi negado por inexistir fundamentação suficiente para isso.

O julgamento foi retomado no **Acórdão nº 2439/2016, Plenário** (data da sessão: 21/09/2016), em que uma das teses alegadas pela Petrobras era a de que a lei complementar não se aplicaria às licitações da administração indireta, que poderia prever seu próprio regime de licitações e contratações.

²⁶⁰ Cite-se, aqui, ementa do acórdão: “Sumário: CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. 1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante. 2. As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. 3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação”.

Contudo, de acordo com o relator, Ministro José Múcio Monteiro, as preferências trazidas pela lei complementar devem ser igualmente observadas pelas empresas estatais. O relator conclui que “[d]essa forma, cabe rejeitar as alegações da Petrobras, baseadas em parecer jurídico emitido ainda nos idos de 2007, de que ‘o destinatário da Lei Complementar nº 123/2006 é, essencialmente, a Administração Pública Direta’”. Nesse sentido, o acórdão determinou:

9.2. determinar à Petrobras que: 9.2.1. adote medidas assecuratórias da preferência de contratação, em situação legal de empate, para as microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de retomada do Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade nº 7001719263, suspenso por iniciativa dessa estatal, hipótese em que o certame deverá retornar à fase que permita à pequena empresa mais bem classificada a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação;

O tribunal também se deparou, principalmente em auditorias, com **editais que não previam expressamente a preferência para as MPEs em caso de empate**. No **Acórdão nº 265/2010, Plenário** (data da sessão: 24/02/2010), **Acórdão nº 5376/2012, 2ª Câmara** (data da sessão: 24/07/2012), **Acórdão nº 1292/2015, Plenário** (data da sessão: 27/05/2015) e **Acórdão nº 1742/2016, Plenário** (data da sessão: 06/07/2016), o TCU determinou que o ente contratante assegurasse em todos os seus editais o tratamento diferenciado às micro e empresas de pequeno porte, especialmente a preferência em caso de empate, conforme art. 44 da lei complementar.

O TCU foi ainda instado a se manifestar sobre **controvérsias e erros quanto aos critérios para enquadramento como MPE**, ou ainda quanto à forma de aplicação da preferência.

O **Acórdão nº 254/2014, 2ª Câmara** (data de sessão: 04/02/2014), lidou com caso bastante interessante: uma licitação no Estado da Bahia (feita com repasse de recursos federais), em que a Lei de Licitações estadual (Lei nº 9.433/2005) determina a “inversão de fases” da licitação como

regra, procedendo-se primeiro à abertura das propostas, e depois à habilitação das três primeiras empresas classificadas. No caso, após a classificação das propostas, a comissão teria aberto oportunidade para que empresa de pequeno porte, classificada em 7º lugar (porém com oferta dentro dos 10% da melhor oferta), cobrisse a proposta melhor classificada, o que foi feito. Na etapa da habilitação, contudo, as três primeiras colocadas foram inabilitadas, sendo que as empresas posteriormente habilitadas apresentaram ofertas maiores. Diante disso, a empresa de pequeno porte requereu novamente a oportunidade para apresentação de uma nova proposta (desta vez, maior), o que foi concedido pela comissão. Conforme conclusão da equipe técnica, a **"interpretação equivocada do art. 45, I, da Lei Complementar 123/2005 trouxe risco à economicidade da contratação"**, sendo que a **"adoção no certame da Lei 9.433/2005 em detrimento da Lei 8.666/1993, no entanto, não autoriza que nas licitações realizadas no estado da Bahia se abra às microempresas e ou empresas de pequeno porte três oportunidades para apresentação de propostas."** Embora o voto do relator e o acórdão não tenham abordado, especificamente, a questão relacionada à operacionalização da preferência à MPE, o relator apontou que as irregularidades do procedimento de licitação culminaram em possível falta de isonomia e restrição à competitividade no certame.

Já no **Acórdão nº 10604/2011, 2ª Câmara** (data de sessão: 01/11/2011), o tribunal entendeu que a aplicação da preferência para o desempate foi devida, mas que a forma como as planilhas de custo foram reapresentadas foi inadequada²⁶¹. Entretanto, o tribunal decidiu que, diante do princípio da razoabilidade e da inalterabilidade do preço final, não haveria prejuízo à administração e, portanto, inexistiria necessidade de anulação da licitação.

²⁶¹ Conforme trecho do voto do relator: "8. Contudo a apresentação pela vencedora de ajustes na planilha de custo e de formação de preço ultrapassou o prazo legal previsto no art. 24 da Instrução Normativa – IN MP nº 2, de 30 de abril de 2008, com as alterações da IN MPOG nº 3, de 15 de novembro de 2009, que estabelece que o momento da entrega da planilha de custos e formação de preços deverá ser por ocasião da aceitação do lance vencedor, que no presente caso ocorreu em 5/9/2011".

Por fim, nos **Acórdão nº 549/2016, Plenário** (data da sessão: 09/03/2016) e **Acórdão nº 1003/2016, Plenário** (data da sessão: 27/04/2016), entendeu-se que houve inabilitação indevida de empresa que havia se declarado como MPE, sendo que a comissão de licitação teria utilizado critério inadequado para o cálculo da receita auferida.²⁶² Nesse caso, o tribunal determinou a suspensão cautelar do contrato já celebrado com outra empresa, tendo em vista o risco de ilegalidade do procedimento de tomada de preços que originou o contrato.

3.8.3.3 Considerações finais

Os principais pontos que podem ser extraídos do estudo do caso das preferências nas contratações públicas para as micro e pequenas empresas, trazidas pelos art. 44 a 48 da Lei Complementar nº 123/2006, são os seguintes:

(i) A Lei Complementar nº 123/2006 claramente utilizou a facilitação do acesso aos mercado de compras públicas como um dos instrumentos para implementação de sua política de fomento às micro e pequenas empresas.

(ii) Para alcançar o objetivo de facilitação do acesso às contratações públicas, a lei complementar previu diferentes técnicas de preferências: (i) simplificações procedimentais na fase de habilitação; (ii) preferências no julgamento; (iii) contratações exclusivas ou por cota; e (iv) obrigação contratual de subcontratação. A lei complementar previu, ainda, duas técnicas diferentes de preferências no julgamento: (i) a preferência em caso de empate fictício, possibilitando que a MPE reapresente sua proposta e cubra a menor oferta apresentada; e (ii) a margem de preferência no preço para MPEs locais ou regionais, possibilitando a contratação de MPE local ou regional que tenha ofertado preço até 10% maior do que o melhor preço.

(iii) Cada uma dessas técnicas traz consequências diferentes, notadamente em relação a seus custos e ao maior ou menor caráter restritivo à competição. Há, assim, técnicas em que

²⁶² A comissão teria utilizado o valor do ativo circulante da empresa, em vez da receita bruta auferida do ano anterior.

o custo final da contratação, em tese, tende a não aumentar (simplificações procedimentais ou preferência em caso de empate fictício), e técnicas que tendem a aumentar o custo (como a margem de preferência para MPEs locais ou regionais). Por sua vez, há técnicas em que há exclusão completa da competição (contratações exclusivas ou com cota), ou em que a restrição à competição tende a ser mínima (obrigação contratual de subcontratação de MPEs).

(iv) Inexiste qualquer justificativa, no processo legislativo da Lei Complementar nº 123/2006, seja quanto à necessidade e adequação da concessão de preferências nas contratações públicas como instrumento de fomento para as micro e pequenas empresas, seja quanto a cada uma das técnicas previstas.

(v) A partir da análise da jurisprudência, especialmente a do TCU, conclui-se que a aplicação das preferências enseja intensa litigiosidade prática, com a paralisação de procedimentos de licitação e da própria execução contratual, e grande número de representações para análise do tribunal.

(vi) O estudo da jurisprudência mostra, ainda, que aplicação das preferências complexifica os procedimentos de contratação. Destaque-se, nesse sentido, a responsabilidade adicional que passa a existir para a comissão de licitação para verificar a conformidade de mais uma declaração apresentada pelos licitantes. Além disso, é necessário que o edital e a comissão de licitação disciplinem a possibilidade e a forma de cumulação das preferências previstas pela lei complementar e por outras leis.

(vii) Constata-se na jurisprudência, ainda, a discussão sobre a aplicabilidade das preferências, quando não expressamente previstas no edital. Essa dúvida tem relação com a obrigatoriedade versus facultatividade das regras de função derivada, mas não se esgota nesse tema. Mesmo havendo clareza da lei quanto à obrigatoriedade da aplicação de determinada hipótese de preferência, pode haver dúvidas de como ela será operacionalizada no caso concreto, durante a licitação – sendo que os procedimentos adotados pela comissão de licitação podem vir a ser posteriormente questionados e até mesmo revogados por órgãos de controle.

(viii) A grande maioria da jurisprudência selecionada (STJ e TCU) trata da tentativa de uso indevido das preferências trazidas pela lei complementar por quem não se enquadraria nos critérios definidores de micro ou pequena empresa.

FUNÇÃO DERIVADA: TRILHAS TEÓRICAS A PARTIR DA ABORDAGEM PRÁTICA

Resumo do Capítulo

A partir do mapeamento do cenário de função derivada nas contratações públicas no Brasil feito no capítulo anterior, este capítulo busca caracterizar a função derivada no Brasil de forma teórica, apresentando seus principais atributos, sua distinção em relação a outros instrumentos de intervenção estatal e seus fundamentos.

4.1. Introdução

No capítulo anterior, descrevi o cenário atual da função derivada no Brasil, identificando as principais características desse fenômeno, essencialmente a partir da análise legislativa e jurisprudencial.

Tendo em vista o panorama encontrado, percebe-se que a função derivada desafia a concepção e a lógica tradicionais da contratação pública, seja em seus valores mais basilares, seja na sua processualização. Mais do que isso, ela aumenta as tensões internas do processo de contratação – tensões que já existiam, e que se aprofundam com a introdução de uma nova função na contratação pública, que possui lógica e valores diferentes, e até contraditórios, daqueles perseguidos pelo fim primário.

Diante disso, e partindo da realidade anteriormente assinalada, este capítulo busca caracterizar, de forma mais conceitual, a função

derivada no Brasil, apresentando seus principais atributos (item 4.2), sua distinção em relação a outros instrumentos de intervenção estatal (item 4.3) e seus fundamentos (item 4.4). Essa conceituação aborda a função derivada não a partir da política pública na qual ela se insere, mas sim focada na contratação pública, instrumento por meio do qual ela se operacionaliza.

4.2. Atributos da função derivada

A função derivada é operacionalizada pela inclusão, em qualquer fase da contratação pública, de requisitos, obrigações ou preferências adicionais à função primária da contratação e a ela não originários ou imprescindíveis. Ela representa a atribuição, de forma indireta (não inserida em seu objeto principal), de finalidade nova à contratação, adicional à função primária. Um mesmo instrumento de ação estatal (a contratação pública) passa então a cumprir fins diversos.

No presente item, irei, inicialmente, destrinchar a definição acima proposta, analisando quais são os atributos que ensejam a caracterização da função derivada (item 4.2.1). Em seguida, identificarei os elementos que compõem a função derivada: seus objetivos, seus beneficiados e seus agentes (item 4.2.2). Por fim, analisarei as características e técnicas da função derivada, não mais em relação aos atributos que compõem sua própria definição, mas sim tendo em vista as variações com que ela pode ser construída (item 4.2.3).

4.2.1. A função derivada como restrição, obrigação ou preferência adicional e não originária da contratação pública

A função derivada é formalizada e implementada na contratação pública com a inclusão de restrições, obrigações ou preferências não originalmente necessárias para o alcance da finalidade primária da

contratação. Esse **atributo adicional e não originário** à contratação faz com que um único procedimento de contratação pública alcance (ou vise a alcançar) outra finalidade, a qual não seria original e espontaneamente obtida. A partir da previsão de restrição, obrigação ou preferência não necessária para o alcance da função primária da contratação, esta passa a buscar uma função derivada, adicionando-se um novo fim a ser perseguido.

A **prescindibilidade** dessa restrição, obrigação ou preferência para o cumprimento da função primária da contratação, em conjunto com sua **adicionalidade** em relação à função primária, são características centrais que relacionam as contratações públicas com a realização de fins derivados e como instrumento de políticas públicas. Por outro lado, essas características distinguem a função derivada de outras questões e fenômenos relacionados ao “poder de compra estatal” de modo a mais amplo.

Quando inicia uma contratação, o Estado-comprador depara-se com três escolhas: (i) obrigar o cumprimento de uma norma já vigente; (ii) desenhar o mercado, ao definir quem (grupo) ou o que (produto) quer contratar; ou (iii) impor condutas desejáveis, mas não normatizadas.

A primeira escolha não se enquadra como função derivada, porque decorre de **prescrição normativa incidente sobre toda a cadeia produtiva.** Quer dizer, essa restrição, obrigação ou preferência já é aplicável indistintamente em qualquer processo produtivo (ou em processos produtivos em situação equiparável) – e, portanto, originária à própria contratação. Nesse caso, não se trata propriamente de decisão de direcionar o poder de compra estatal para promover fins derivados, mas, sim, de restrição (ou preferência) geral, a ser necessariamente observada por qualquer produtor/fornecedor ou consumidor, independentemente de a relação ser travada no âmbito do mercado de compras públicas. Ao replicar a observância de norma vigente para a cadeia produtiva em sua contratação, o poder público estará meramente

cumprindo a lei – o que, apesar de ser um movimento relevante, não se enquadra como função derivada da contratação pública, nos termos ora propostos.

A função derivada estará presente nos dois outros momentos de decisão do Estado-comprador, isto é, quando utilizar seu poder de compra para impor conduta ou preferência que não é originária à contratação, que não se impõe a toda aquela cadeia produtiva (mas apenas ao mercado de compras públicas), e que implica a derivação da finalidade adicional a ser perseguida. Nesses casos, o Estado estará usando seu poder de compra para alcançar finalidades que, de outro modo, não seriam satisfeitas, justamente porque não se trata de conduta já exigível para toda a cadeia produtiva. Assim, nas definições técnicas relacionadas à contratação (como objeto, requisitos mínimos do contratado e obrigações contratuais), o Estado pode utilizar seu poder de compra para desenhar o mercado (fomentando o desenvolvimento de determinados setores ou atores), ou impor condutas adicionais às existentes no setor produtivo (ensejando, com isso, que a mesma contratação – uma única causa – cumpra função adicional à sua função primária).

4.2.1.1 Restrição, obrigação ou preferência

A função derivada é formalizada por meio da previsão de restrição, obrigação ou preferência no âmbito da contratação.

Não há divisão estática entre essas condutas (restrição, obrigação ou preferência), sendo que sua caracterização varia conforme a perspectiva adotada: a depender do ponto de análise, uma preferência pode configurar-se também como restrição ou obrigação, por exemplo.²⁶³ Considerando-se essa ressalva, a **restrição** relaciona-se a limitação ou vedação de alternativas ou condutas que estariam em princípio

²⁶³ Quando se depara com questões relacionadas ao acesso a determinado mercado (no caso, o mercado de compras públicas), a preferência para determinado grupo/atividade sempre refletirá em restrição para o restante do universo não beneficiado. Assim, por exemplo, a preferência concedida ao setor produtivo nacional sempre representará, em menor ou maior grau, restrição para os fornecedores estrangeiros.

disponíveis aos interessados na contratação pública. Essa restrição pode limitar ou vedar a própria participação na contratação, seja por meio da delimitação do objeto (a partir de definições que excluem determinado tipo de objeto ou, indiretamente, determinado grupo), ou por meio da imposição de características a serem cumpridas pelo interessado em contratar com o poder público (a partir de especificações a serem observadas no processo produtivo em geral). A restrição pode permitir que apenas determinado grupo ou atividade participe da contratação (que se constituirá em preferência para o grupo autorizado, mas em restrição para o grupo afastado), ou vedar que determinado grupo ou atividade participe da contratação.²⁶⁴ A restrição pode ser, ainda, imposta ao contratado, no âmbito da execução contratual, seja por meio de especificações a serem observadas no seu processo produtivo em geral ou restrições na execução das atividades relacionadas ao contrato.

A obrigação impõe uma conduta (i) ao interessado em contratar, como requisito para a contratação, ou (ii) ao contratado, como obrigação durante a execução contratual. Tal exigência pode constituir-se em obrigação de fazer (executar uma conduta) ou não fazer (não executar uma conduta).

Por fim, a **preferência** implica situação de privilégio concedido a determinado grupo ou atividade. Há discriminação (no sentido de diferenciação) de grupo ou atividade em específico, concedendo-se a esse grupo ou atividade uma situação de preferência no âmbito da contratação pública, sobretudo na definição do objeto ou na escolha do contratado.

A depender da forma como são previstas e estruturadas no âmbito da contratação, a restrição, obrigação ou preferência podem implicar

²⁶⁴ Por exemplo, por permitir a participação apenas de empresas nacionais, ou vetar a participação de empresas estrangeiras.

maior ou menor limitação ou onerosidade, considerando-se o universo de potenciais interessados em contratar com o Estado.

Parte-se de um universo de possíveis interessados delimitado apenas a partir das exigências estritamente necessárias para o cumprimento da função primária da contratação. A partir daí, incluir uma restrição, obrigação ou preferência adicional pode impactar de forma diferente esse universo inicial, com aumento, redução ou, simplesmente, alteração do grupo de potenciais interessados na contratação – seja diretamente, a partir de exigências diretamente relacionadas aos potenciais participantes, seja indiretamente, a partir da colocação de especificações no objeto a ser fornecido ou executado pelo contratado.

Tome-se, por exemplo, a compra de papel por ente público, que poderá optar entre (i) compra de papel reciclado (restrição no objeto a ser contratado); (ii) compra de papel, com a concessão de preferência para propostas que adotem determinados critérios ambientais (como o fornecimento de papel reciclado); ou (iii) compra de papel, com a imposição de obrigações ambientais a serem observadas pelo contratado durante a execução contratual (por exemplo, regras de maior aproveitamento de matéria-prima e de redução de resíduos).

No primeiro caso, haverá restrição adicional já na delimitação do objeto da contratação, que acaba por, indiretamente, excluir os fornecedores que produzam apenas papel comum não reciclado. Por outro lado, essa mesma restrição facilitou a participação dos fornecedores de papel reciclado, que poderiam não participar da contratação pela dificuldade de, efetivamente, concorrer com os fornecedores de papel comum pelo critério do menor preço.

Na segunda hipótese, não há, de início, restrição no grupo de potenciais fornecedores: qualquer fabricante de papel poderá participar da contratação (desde que, é claro, cumpra os demais requisitos previstos). Mas, no momento da escolha da melhor proposta, os participantes

que ofertem papel reciclado terão preferência. Ressalte-se que essa preferência, a depender de sua intensidade e do mercado em pauta, poderá, na prática, ensejar as mesmas consequências do que a restrição que impacta a participação do procedimento de contratação. Seria a hipótese da concessão de elevada margem de preferência de preço para o papel reciclado, no caso em que os preços de mercado do papel comum e reciclado já estejam próximos – o que ensejaria, na prática, a exclusão dos produtores de papel comum.

Por fim, na terceira hipótese, tampouco há restrição direta no acesso à compra pública. Em tese, qualquer fornecedor interessado poderá participar do processo de compra – desde que tenha capacidade (técnica e econômica) de, celebrado o contrato, executá-lo conforme o previamente especificado, incluindo, portanto, o cumprimento da obrigação adicional imposta para gerar menor impacto ambiental. Dessa forma, os custos da função derivada somente ocorrerão se e para aquele efetivamente contratado. Quer dizer, a colocação de obrigação contratual não implica custos prévios que tenham que ser incorridos pelo contratado para adequar seu processo produtivo (ou o próprio produto) à função derivada – como ocorre nas duas hipóteses anteriores, em que o cumprimento de uma série de adequações prévias à efetiva celebração do contrato administrativo é condição para o acesso à compra. Na hipótese de imposição de obrigação contratual, o interessado apenas terá custos se for, de fato, contratado – custos esses que já estarão embutidos no preço ofertado –, e apenas haverá restrição no universo de participantes da contratação se os ônus forem tais que ultrapassem a capacidade de comprometimento pelos interessados.

Analisando as três hipóteses apresentadas – restrição, preferência ou obrigação –, **o potencial de restrição do universo de competidores tende a ser maior no primeiro caso, e menor no último.** Mas, a depender da forma como são previstas, a função derivada pode ressaltar mais o aspecto de concessão de preferência ou de restrição de direito. O

impacto no universo de potenciais competidores dependerá ainda do mercado no qual a contratação se insere.

4.2.1.2 Não obrigatoriedade para toda a cadeia produtiva (especificidade para as contratações públicas)

A restrição, preferência ou obrigação decorrente da função derivada não é, por sua vez, aplicável para toda a cadeia produtiva (ou para setor equivalente na cadeia produtiva).

Apenas será enquadrada na função derivada a restrição, preferência ou obrigação que **incida exclusivamente no âmbito das contratações públicas**, em decorrência de norma legal ou infralegal, criando, assim, especificidade para o mercado das contratações públicas em relação ao mercado geral. Exclui-se, por conseguinte, eventual restrição, preferência ou obrigação que já deva ser necessariamente observada para a entrega do objeto do contrato, independentemente de previsão específica nesse sentido no âmbito da regulamentação (geral ou específica) das contratações públicas.

Há, aqui, duas ressalvas que devem ser mencionadas.

A primeira é que essa delimitação exclui do objeto deste trabalho as imposições contidas nas contratações públicas que visam a reforçar a eficácia de norma existente e aplicável para toda a cadeia produtiva. É o caso, por exemplo, da exigência de comprovação de quitação de todos os débitos trabalhistas pelo licitante (art. 29, V, Lei nº 8.666/1993), do comprometimento do licitante de que, se contratado, não utilizará mão de obra de menor de idade (art. 27, V, Lei nº 8.666/1993), ou ainda de margem de preferência para a empresa que cumpra a reserva de cargos para deficientes físicos legalmente imposta (art. 3º, § 5º, II, Lei nº 8.666/1993). Nesses exemplos, há obrigação que incide para todo o setor produtivo, sendo que sua replicação expressa na contratação pública não enseja (ou não deveria ensejar) ônus adicional que já não deveria ser observado pelo interessado.

O uso do poder de compra estatal para assegurar a eficácia de norma vigente e aplicável para toda a cadeia produtiva tem potencial protetivo significativo, diante da relevância das compras públicas para determinar posturas e condutas do mercado. No entanto, esse tipo de previsão, que objetiva a promoção da eficácia de obrigação legal, não será considerada como função derivada nos termos aqui delimitados, uma vez que se trata de imposição geral, aplicável para todo o setor produtivo e não apenas para as contratações públicas, sendo que sua exigência pelo ente público contratante não traz (ou, em termos normativos, não deveria trazer) impactos adicionais para o mercado. Ademais, justamente porque se trata de norma incidente sobre toda a produção, eventuais questionamentos quanto à isonomia, competitividade e eficiência dessa previsão estarão relacionados à adequação jurídica da própria norma legal, afastando-se do objetivo de estudar os impactos da função derivada da contratação pública (assim verificada com previsões não obrigatórias e adicionais à função primária).

Nesse sentido, a delimitação de “função derivada” aqui adotada é mais restrita do que a trazida por Arrowsmith Kunzlik (2009, p. 112-113), que incluem na definição de “*horizontal policies*” (termo utilizado pelos autores para tratar do fenômeno que aqui se chama de “função derivada”) os requisitos impostos na contratação para assegurar a eficácia de norma vigente. Nesse sentido, eles distinguem as “*horizontal policies*” entre (i) requisitos limitados às exigências legais existentes, que se aplicam para todas as empresas em posição equivalente (“*policies limited to compliance with general legal requirements*”); e (ii) requisitos que vão além das exigências legais já demandadas (“*policies that go*

beyond compliance with general legal requirements").²⁶⁵ Exemplo da primeira categoria seria a exigência de comprovação de que o contratado paga salário mínimo legalmente imposto, enquanto o exemplo da segunda categoria seria a comprovação de que o contratado paga salário mínimo justo.

Apesar da delimitação mais restrita de função derivada aqui adotada, ainda assim os achados deste trabalho podem ser aplicadas também ao uso das contratações para assegurar a eficácia de norma vigente. Isso porque as questões jurídicas trazidas nesse caso já estarão compreendidas nas questões jurídicas ensejadas pela função derivada (conforme delimitação mais restrita deste trabalho).

A segunda ressalva é que a obrigatoriedade de inclusão de restrição, preferência ou obrigação no âmbito da contratação pública não descaracteriza a função derivada – desde que essa obrigatoriedade seja imposta apenas às contratações públicas, e não a toda cadeia produtiva equivalente. Nesse sentido, a função derivada pode constituir-se em restrição, preferência ou obrigação a ser necessariamente observada pelo Estado nas suas contratações (**obrigatoriedade** da função derivada), ou em alternativa que lhe é possibilitada (**facultatividade** da função derivada).

No primeiro caso, haverá **comando normativo abstrato expresso** (legal ou infralegal) que impõe ao poder público a colocação de determinados critérios a serem observados em qualquer contratação pública que se

²⁶⁵ McCruden (2007, p. 93) e Davies (2008, p. 264) também fazem essa divisão, considerando ambos os casos como "linkages" (termo utilizado pelos autores). Nas palavras desta última: "Another important distinction with regard to linkages in this category is that some may simply require the contractor to observe pre-existing legal norms, whereas others may go beyond those norms. Of course, it could be argued it is unnecessary for the government to include contract clauses referring to legal norms which will bind the contractor in any event, but this approach does some advantages. (...) Contract clauses which go beyond the requirements in the current law are easier to explain in that they provide a more obvious 'gain' for the government: the ability to persuade firms to comply with high standards. However, as we shall see below, they may be more difficult to justify".

enquadre na hipótese trazida pelo comando geral. Mencione-se, por exemplo, o critério de desempate em favor das micro e pequenas empresas, conforme previsto no art. 44, da Lei Complementar nº 123/2006, e os decretos federais que regulam a margem de preferência para produtos nacionais a partir da previsão do art. 3º, *caput* e §§ 1º a 5º, da Lei nº 8.666/1993. Nesses casos, há norma geral que impõe, nas contratações públicas em geral e nas contratações públicas para o fornecimento de um dos objetos regulados pelos decretos federais de margem de preferência, a concessão de preferência no julgamento das propostas, não deixando margem de discricionariedade para a administração escolher se irá ou não aplicar a preferência para a contratação em específico. A previsão normativa que traz a função derivada deverá ter caráter geral e abstrato, não regulando uma única contratação.²⁶⁶

No segundo caso, o panorama normativo confere discricionariedade para o ente contratante decidir se adotará ou não a função derivada. Isso pode ocorrer a partir de previsão normativa específica da função derivada, como no caso da Lei Complementar nº 123/2006, que prevê que a entidade contratante poderá exigir a subcontratação de micro e pequenas empresas pelo contratado (art. 48, II).

Ainda que seja obrigação normativa imposta ao Estado-comprador, como na primeira hipótese, haverá especificidade a ser atendida exclusivamente no mercado de compras públicas. Essa especificidade viabiliza o uso do poder de compra estatal como instrumento para a efetivação de fins públicos, na medida em que coloca na contratação pública (ainda que de forma geral) a realização do fim adicional, que não seria originalmente alcançado não fosse essa previsão normativa.

²⁶⁶ Assim, a previsão de função derivada exclusivamente editalícia, sem disposição legislativa abstrata que autoriza o uso da função derivada para determinadas contratações públicas, decorrerá de facultatividade no uso da função derivada (sendo claro que, após o exercício dessa discricionariedade no sentido de adotar a função derivada, prevendo-a no edital, o poder público vincula-se na observância dessa decisão, para o caso concreto em específico).

4.2.1.3 Não essencialidade para a satisfação da função primária

Além de não ser condição que obrigatoriamente incide para toda a cadeia produtiva, a restrição, preferência ou obrigação derivada prevista no âmbito da contratação não é imprescindível para a efetivação da função primária da contratação. A necessidade primária, que enseja a contratação, poderá ser satisfeita (ainda que em termos qualitativos diferentes²⁶⁷) sem a colocação da condição especial que formaliza a função derivada.

Novamente no exemplo da compra de papel por ente público, a necessidade primária e originária será satisfeita com o fornecimento de papel que supra as necessidades dos entes públicos. Para a implementação dessa função primária, é indiferente o tipo do processo adotado para a produção do papel – desde que, é claro, ele cumpra requisitos mínimos de qualidade (cor, tamanho, espessura). A exigência de fornecimento de papel reciclado trata-se, portanto, de requisito adicional e não obrigatório à satisfação da função primária, que será igualmente satisfeita com o fornecimento de qualquer papel que atenda aos requisitos mínimos de qualidade. A especificação quanto à característica do papel (“reciclado”) traduz-se na imposição de uma função derivada da contratação, na medida em que incluirá nesse procedimento a busca de nova finalidade, a ser satisfeita com o atendimento dessa especificidade (no caso, a maior proteção do meio ambiente, a partir da redução do consumo de matérias-primas naturais pelo uso de papel reciclado).

Ressalte-se que nem sempre a prescindibilidade ou a imprescindibilidade da condição (restrição, preferência ou obrigação) para a efetivação da função primária será facilmente identificável – o que pode gerar dificuldades quanto à constatação de existência ou

²⁶⁷ Neste caso, eventual diferença qualitativa no cumprimento da função primária não é suficiente para colocar em risco a satisfação da função primária da contratação.

não de função derivada. Seriam os exemplos da condição imposta no desenho do próprio objeto da contratação, ou da contratação de objetos complexos, que demandam adaptações no fornecimento para a satisfação da necessidade em específico (como, por exemplo, contratações de tecnologia ou de informática). Aqui, a linha divisória entre a condição ser ou não ser imprescindível para satisfazer a função primária da contratação pode ser nebulosa, na medida que eventuais especificidades do objeto podem confundir-se com a característica de prescindibilidade que caracteriza a função derivada. Nesses casos, será particularmente relevante a identificação da característica seguinte (item 4.2.1.4), a adicionalidade de finalidade à contratação.

4.2.1.4 Adicionalidade e não equivalência com a função primária: a diversificação de finalidades da contratação

A restrição, preferência ou obrigação adicionalmente prevista no âmbito da contratação diversifica as funções da contratação, atribuindo-lhe finalidade adicional: a realização de um novo fim derivado, não equivalente à finalidade primária da contratação.

Uma vez que a nova e adicional condição (i) não incide obrigatoriamente para toda a cadeia produtiva e (ii) é prescindível para a efetivação da função primária da contratação, tem-se que ela (iii) estará relacionada à satisfação de um novo fim adicionado à mesma contratação pública, sendo que esta, por sua vez, passa a buscar a satisfação de finalidades diversificadas: a função primária (aquisição do objeto original) e a função derivada (fim relacionado à condição adicionada à contratação).

Assim, a função derivada caracteriza-se pelo acréscimo de finalidade secundária à finalidade primária e original da contratação. A contratação é usada não mais apenas para alcançar seu fim imediato (adquirir produto, realizar obra, contratar serviço), mas, também, para o alcance de outros fins elencados em políticas públicas (a serem satisfeitos com a implementação da restrição, preferência ou obrigação adicionalmente prevista no âmbito da contratação).

No exemplo da contratação da construção de ponte, a função primária desse contrato consiste na satisfação da necessidade de transporte entre os pontos a serem conectados pela obra (finalidade primária), por meio da construção da ponte (objeto). Assim, as restrições, preferências ou obrigações previstas na definição do objeto, no processo de escolha do contratado e nas cláusulas contratuais estarão relacionadas a esse fim primário e original da contratação: a construção da ponte que permita o transporte entre os pontos a serem por ela interligados.

Contudo, no processo de escolha do futuro contratado, pode ser inserida preferência às micro e pequenas empresas. Essa preferência não consiste em norma incidente sobre a cadeia produtiva em geral, mas apenas sobre as contratações no mercado de compras públicas. Essa preferência não é essencial para a satisfação da função primária da contratação. Mais do que isso, ela acaba por incluir nova finalidade à mesma contratação: o fomento de micro e pequenas empresas, a partir da criação da preferência no acesso ao mercado de compras públicas (gerando demanda específica para esse setor). Há, assim, a adição de finalidade no âmbito da contratação pública (fomento de micro e pequenas empresas), que não equivale à finalidade e ao objeto primários e originais da contratação (viabilização do transporte por meio da construção de ponte).

Diversificam-se, aqui, os fins públicos a serem satisfeitos, com a adição de nova função, sem, contudo, duplicar-se o meio, o instrumento utilizado: uma única contratação pública passa a cumprir funções diversas. Nesse momento, observa-se o fenômeno da função derivada em sua completude – a derivação de nova finalidade, provinda de instrumento único.

4.2.1.5 A derivação da função da contratação pública (via oblíqua e indireta)

Veja-se que tanto a função primária como a função derivada buscam viabilizar fins de políticas públicas. Afinal, toda atividade estatal está

vinculada à realização de fins públicos, e a contratação pública não é diferente: sempre visará à satisfação de fins públicos e permitirá, de forma mais ou menos imediata, a promoção de políticas públicas – ainda que seja para o “simples” suprimento administrativo dos órgãos públicos. Dessa forma, a satisfação de necessidade pública não é a peculiaridade que distingue a função derivada da função primária, já que ambas têm esse objetivo.

A peculiaridade do fenômeno aqui estudado é a derivação de novo fim, a partir de instrumento único: um novo fim, incluído de forma oblíqua, que caracteriza o direcionamento do poder de compra estatal por essa via indireta e que se diferencia, portanto, do uso direto do poder de compra para realização de fins públicos diversos, inclusive para a intervenção estatal na economia. Na função derivada, **a estruturação da ação estatal ocorre de forma indireta, adicionando-se o fim derivado a contrato que já tem outra finalidade primária.**

É essencial, portanto, que o objeto da função derivada não equivalha (ou, de outra forma, distinga-se) ao objeto da função primária da contratação pública. Eis, então, ter delimitado, no Capítulo 1, que não se enquadra como função derivada, nos termos aqui adotados, a hipótese de contrato de fomento, em que o poder de compra estatal é diretamente direcionado para o fomento de grupo ou setor. Nesse caso, o contrato é usado de forma direta para o alcance da finalidade imediata pretendida.

O objeto desta pesquisa abarca, portanto, o fenômeno de se adicionar, de forma oblíqua e indireta, novo fim ao contrato administrativo. Se, originalmente, a contratação pública cumpre uma função, a novidade com a função derivada é que essa mesma e única contratação pública diversifica-se em seus fins, comportando, para além de sua função primária, também a função derivada. De uma única contratação (instrumento de ação estatal), deriva nova função; o contrato passa a cumprir a função primária (imediatamente representada no objeto do

contrato) e a derivada (que decorre da colocação de atributo adicional e não essencial para o cumprimento da função primária).

4.2.2 Elementos da função derivada: objetivos, beneficiados e agentes

A função derivada pode ter por **objetivo** a correção de falhas de mercado ou externalidades, o fomento de setor, ou a promoção e proteção de grupo desfavorecido.

Tais finalidades, por sua vez, podem incidir nos mais variados setores. Conforme item 3.6.5, no ordenamento jurídico nacional a função derivada incide sobre diferentes atividades (desenvolvimento sustentável; indústria nacional; ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional; social; comunicação; energia; internacional; agrícola; pesquisa e inovação; saúde) e grupos (micro e pequenas empresas; entidades da Administração Pública; portadores de deficiência).

São, essencialmente, **fins sociais e valores distributivos**, que visam a proporcionar o desenvolvimento de atividades ou de grupos que desempenham fins públicos considerados relevantes ou que são considerados hipossuficientes. As preferências, obrigações ou condicionantes (formas de viabilizar a função derivada) buscam efetivar algum fim de proteção ou desenvolvimento socioeconômico de grupo ou setor, incentivando condutas que gerarão externalidades positivas (ou reduzirão externalidades negativas) para a sociedade ou parte dela. Esses objetivos não seriam alcançados pela lógica exclusiva do mercado, que aloca recursos a partir do critério de maior eficiência. Tendo em vista que o mercado, por si só, não é capaz de satisfazer a esses objetivos diversos tidos como relevantes pela e para a sociedade, o Estado nele intervém, por meio de seu poder de compra, visando a direcioná-lo para a realização de fins sociais.

O vetor social (em sentido amplo) visado pela função derivada pode contrapor-se ao valor tradicionalmente prestigiado em um sistema de contratações públicas: a eficiência, refletida na melhor proposta. Conforme apontei no início do Capítulo 2, as compras públicas estão, em geral, mais diretamente relacionadas à eficiência e economicidade. Esses seriam, portanto, os valores normalmente “prioritários” de um sistema regulatório de contratações públicas – sem prejuízo que o sistema regulatório incorpore outros valores centrais para essas contratações. Trepte (2004, p. 188) denomina a função derivada como “*secondary policies*”, destacando que esse fenômeno introduz julgamentos políticos e éticos, ultrapassando portanto a lógica da eficiência – que, em um sistema hipotético ideal, seria o objetivo primário do sistema regulatório de contratações públicas.

No Brasil, melhor proposta equivale, como regra, ao menor preço, o que ressalta ainda mais o caráter econômico. No entanto, aqui temos também os valores da isonomia e competição que, conforme visto no item 2.4, também devem ser perseguidos pelas contratações públicas.

O vetor da isonomia, por exemplo, suaviza, em alguma medida, o impacto trazido pela função derivada na economicidade, na medida em que a realização de fins sociais e de justiça distributiva pode convergir com a busca da equidade material. De todo modo, relevante sedimentar que a função derivada relaciona-se diretamente com valores sociais – que divergem e por vezes se opõem a valores de economicidade e eficiência tradicionalmente relacionados à função primária. Voltarei às tensões que a função derivada traz para o sistema de contratações públicas no Capítulo 5.

Ainda quanto aos objetivos da função derivada, cumpre diferenciar três tipos de **resultados finais visados**.

Primeiro, a função derivada pode visar a conceder **acesso exclusivo ao mercado de compras públicas para determinados grupos ou atividades**, garantindo que a contratação esteja acessível apenas

àqueles que cumprirem essas condições, limitando-se o universo de possíveis contratados. O resultado final almejado será, portanto, a necessária destinação da contratação para a atividade ou o grupo especificados. Esse resultado é buscado quando a função derivada é prevista por meio das técnicas de contratação exclusiva, definição do objeto, dispensa de licitação e habilitação, sendo possível também na preferência genérica.

Segundo, a função derivada pode buscar **facilitar o acesso de determinados grupos ou atividades ao mercado de compras públicas**, concedendo a esses destinatários preferência, ou, por um viés inverso, impondo restrição ou ônus aos demais. Nesse caso, o resultado final esperado da função derivada não será o de assegurar a celebração do contrato com um desses destinatários, mas sim o de trazer condições mais vantajosas na disputa pelo contrato. Não há restrição (ao menos não formal) do universo de possíveis contratados, sendo que todos continuam a concorrer pela contratação; no entanto, os beneficiados da função derivada terão preferências nessa disputa. Assim, o resultado visado pela função derivada será cumprido tão somente pela existência de condição mais vantajosa na disputa pela contratação – ainda que o contrato não seja efetivamente celebrado com um de seus beneficiados. Esse resultado é visado pelo uso das técnicas de seleção da proposta e obrigação contratual, sendo possível também na preferência genérica. Fazendo paralelismo entre “obrigação de meio *versus* obrigação de resultado”, neste caso a função derivada seria uma obrigação de meio, sendo que, na hipótese anterior, seria uma obrigação de resultado. As regras de função derivada trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006 exemplificam bem esses dois resultados possíveis. Essa lei prevê tanto a possibilidade de abertura de contratação exclusiva para micro e pequenas empresas (no caso de objeto de até R\$ 80 mil, conforme art. 48, I), como a preferência na escolha de proposta de micro e pequenas empresas em caso de empate (empate considerado no caso de oferta por micro ou pequena empresa até 10% maior do que o menor preço ofertado, conforme art. 44 e 45). No primeiro caso, a contratação será

necessariamente destinada a micro ou pequena empresa. No segundo, espera-se apenas que as micro e pequenas empresas concorram em condições mais vantajosas que os demais interessados e possam, assim, obter êxito na celebração do contrato; no entanto, a função derivada será satisfeita ainda que a licitante vencedora não seja uma micro ou pequena empresa.

Terceiro, e por fim, a função derivada pode visar à **execução propriamente dita de fins diversos**, especialmente no caso da técnica de obrigação contratual. Nesses casos, a função derivada não terá o objetivo de facilitar ou garantir o acesso ao mercado de contratações públicas (isto é, de fomentar por meio da criação de mercado), mas sim de impor determinada obrigação, relacionada ou não com o objeto principal do contrato, servindo este como “pretexto” para a imposição dessa obrigação derivada.

Em relação aos **beneficiados** (objeto) com a função derivada, ela pode voltar-se diretamente a **setores** (ou agentes, ou grupos de agentes) ou a **atividades** (alcançando indiretamente os agentes que executam essas atividades).²⁶⁸ Conforme o item 3.6.5, a maior parte das regras (64%)

²⁶⁸ Abordando a efetivação do fomento estatal por meio da concessão de preferências nas contratações públicas, Marques Neto e Zago (2014, p. 453-454) assim descrevem as possibilidades de “incidência” dessas preferências: “Tais ‘privilégios’ nas contratações públicas podem ser dirigidos a (i) atores específicos, sendo que farão jus aos benefícios aqueles que cumprirem os requisitos que os enquadrem no rol dos atores favorecidos; ou (ii) objetos específicos, fazendo jus aos benefícios aqueles que ofertarem o objeto com os requisitos específicos estabelecidos pelo órgão contratante. Exemplo do primeiro caso (favorecimento a atores econômicos específicos) são algumas hipóteses de dispensa do art. 24 da Lei 8.666/1993, tais como as previstas no inc. XIII (instituição brasileira incumbida de desenvolvimento institucional, ensino, pesquisa ou recuperação de presos), inc. XX (associação de portadores de deficiência física), XXIV (organização social), XXVII (associações ou cooperativas de catadores). Nesses casos, a facilitação da contratação dessas entidades por meio da contratação direta, sem prévio procedimento licitatório (conforme ressalvado pelo art. 37, XXI, da CF e regulado pelo art. 24 da Lei 8.666/1993), estimula as atividades por elas prestadas ao fomentar seu mercado consumidor (por meio das contratações públicas). Na segunda hipótese (favorecimento de determinados objetos), há estímulo indireto aos agentes que produzem esses bens ou serviços. É o exemplo da compra de papel reciclado por órgão público (em vez de papel comum), fomentando, por meio dessa especificação de objeto, o setor produtivo de papel reciclado e, portanto, práticas mais sustentáveis de produção e consumo”.

volta-se a grupos e setores específicos, não a atividades. Isso pode gerar consequências para a isonomia, na medida em que a proteção de grupo ou setor específico tende a ser mais dificilmente justificada, pelo enfoque da isonomia, do que o fomento de atividade.

Ressalte-se que nem sempre haverá equivalência entre beneficiado e contratado, isto é, nem sempre o favorecido com a função derivada será o próprio contratado (ou futuro contratado). É nessa perspectiva, por exemplo, que diferentes iniciativas de proteção à indústria nacional se diferenciam: enquanto na margem de preferência para produtos nacionais o beneficiado é o próprio contratado, na exigência de conteúdo nacional/local mínimo durante a execução contratual, o contratado não é o favorecido com a medida – pelo contrário, ele arcará com os ônus adicionais que essa nova obrigação representa.

O beneficiado será o próprio contratado nas técnicas de função derivada no caso de contratação exclusiva e de habilitação (no caso de simplificação da habilitação). Já nas demais técnicas de função derivada (definição do objeto, dispensa de licitação, seleção da proposta, obrigação contratual ou preferência genérica), o beneficiado com a função derivada poderá ser tanto o próprio contratado, como terceiro – a depender do que for efetivamente previsto como restrição, obrigação ou preferência adicional.

No caso de desconexão entre beneficiado e contratado, este agirá como “**agente da função derivada**”²⁶⁹, executando o fim público pretendido (o objeto da função derivada: a proteção a setor ou determinada atividade indiretamente inserida no objeto da contratação como contrapartida pelo seu acesso). O contratado em alguma medida atuará, portanto, como delegatário do poder público, satisfazendo fim social que deriva da contratação pública da qual ele pretende participar.

4.2.3 Características e técnicas da função derivada

A partir do levantamento legislativo das hipóteses de função derivada realizado no item 3.6, observa-se que há diferentes enfoques que podem ser adotados para descrever a função derivada. Naquele momento, a partir dos dados obtidos, ponderei sobre as principais características da função derivada, adentrando, ainda que superficialmente, nas consequências da previsão de função derivada com uma ou outra característica.

²⁶⁹ Utilizo, aqui, a denominação adotada por Marques Neto e Zago (2014, p. 430) em estudo sobre fomento estatal, quando distinguiram “agente de fomento” e “beneficiário do fomento”: “Já o agente do fomento será aquele que receberá o incentivo estatal imediato para realizar uma atividade – que, por sua vez, gerará externalidades positivas para a sociedade e beneficiará os destinatários. Na maioria dos programas de fomento, o destinatário do fomento e o agente do fomento equivaler-se-ão, isto é, o setor ou grupo visado pelo fomento será exatamente aquele que receberá um benefício direto do Estado. É o exemplo de políticas de desonerações tributárias para o incentivo do próprio setor que recebe a desoneração (como na isenção de IPI para a indústria automobilística). No entanto, nem sempre aquele que recebe o incentivo estatal direto (agente) será o mesmo daquele que se visa estimular. Essa apartação existirá em políticas de fomento de estruturação complexa, que acabam por distinguir os agentes (aqueles que recebem o benefício estatal direto) e os efetivos destinatários da política de fomento (que são beneficiados pela atividade). Seria o exemplo da política de incentivo à indústria de audiovisual (objeto do fomento), por meio de isenções tributárias a serem concedidas às empresas que doarem recursos para projetos nesse setor. Diferentemente do exemplo anterior, aqui a empresa desonerada não é a destinatária final do fomento – ela é, assim, seu agente executor, que viabilizará, por meio de doação de recursos, o objeto fim do fomento: a promoção da área de audiovisual”.

Aqui, retomarei algumas dessas características, com o objetivo de identificar como diferentes especificidades na formalização e no conteúdo da função derivada podem ensejar consequências e impactos diversos para o sistema de contratações públicas – e, eventualmente, interferir na viabilidade jurídica da operacionalização da função derivada.

Abordarei três **características**: (i) o **momento** de implementação da função derivada no processo de contratação pública e as diferentes **técnicas** existentes; (ii) o grau de abrangência da regra de função derivada; e (iii) a **proibição, facultatividade ou obrigatoriedade** da função derivada.

Analisando o **momento de inserção da função derivada ao longo do procedimento de contratação** – isto é, em qual etapa do processo de contratação será inserida a restrição, obrigação ou preferência –, há quatro alternativas: (i) **definição do objeto**: características técnicas, dimensionamento, métodos produtivos, selos e certificações; (ii) **seleção do contratado**: contratação exclusiva do objeto por um determinado grupo, dispensa de licitação, requisitos de habilitação; (iii) **seleção da proposta**: preferência na proposta econômica, preferência na proposta técnica, preferência em caso de desempate; e (iv) **obrigações contratuais**: compensações, investimentos, transferência de tecnologia, regras de contratações de pessoal e compras, regras quanto ao processo produtivo.

Em relação ao momento, quanto “mais para frente” no processo de contratação a função derivada for inserida, menor tende a ser seu caráter restritivo em relação aos demais interessados pela contratação (para os agentes não beneficiados pela função derivada). Quando a função derivada é inserida como obrigação contratual, por exemplo, não há características restritivas que os interessados devam demonstrar como condição para participar do processo de contratação – desde a adequação de seu objeto, até características do próprio contratado

–, mas sim a partir de compromissos que deverão ser cumpridos se e quando o interessado for efetivamente contratado. No caso de a função derivada ser implementada no momento de definição do objeto ou dos requisitos mínimos do contratado, pode haver restrições quanto ao grupo de interessados que poderá concorrer pela celebração do contrato.

Por outro lado, quanto “mais para frente” no processo de contratação a função derivada é inserida, maior o risco de seu não atendimento pelo contratado – e, portanto, maior a necessidade de criação, pelo ente contratante, de mecanismos de acompanhamento do cumprimento da função derivada.

Nesse sentido, a função derivada prevista como obrigação contratual enseja o risco de o contratado não a cumprir. Em caso de descumprimento de obrigação contratual, é complicado definir quais medidas o ente contratante deve adotar, tendo em vista que a imposição de multas ou mesmo a rescisão do contrato por culpa do contratado pode devolver para o contratante o problema quanto à execução do objeto contratual. Mostra-se difícil equilibrar os interesses de punição do contratado pelo descumprimento e o interesse público de que o objeto avençado seja efetivamente entregue. No caso da função derivada, a questão é ainda mais complexa, na medida em que a obrigação adicional que ela representa é acessória ao objeto primário do contrato.

Se, contudo, a função derivada é implementada por meio da delimitação do objeto ou das características do contratado, o próprio processo de contratação, se conduzido de forma adequada, assegurará a eficácia da função derivada. Desse modo, quando da celebração do contrato, a função derivada poderá ser considerada satisfeita. No caso de preferência de contratação de micro e pequenas empresas para o fomento desse grupo, se o processo de seleção for conduzido de forma adequada (assegurando-se que a preferência seja concedida aos interessados que, de fato, caracterizem-se como micro ou pequena

empresa), a função derivada já terá sido satisfeita, independentemente, inclusive, de ser o contrato celebrado com micro ou pequena empresa (tendo em vista que a preferência já terá sido concedida).²⁷⁰

Tendo por ponto de partida os diferentes momentos de implementação da função derivada em relação ao processo de contratação, as técnicas de sua operacionalização são: (i) **definição do objeto**; (ii) **contratação exclusiva**; (iii) **dispensa de licitação**; (iv) **requisitos de habilitação**; (v) **requisitos técnicos ou econômicos de seleção da proposta**; (vi) **obrigação contratual**; (vii) **preferência ou exigência genérica**. Todas essas técnicas foram encontradas no levantamento legislativo nacional, conforme item 3.6.6. Ressalto que, nas experiências internacionais com as quais tive contato ao longo deste trabalho, bem como na pesquisa doutrinária realizada, não encontrei outras técnicas possíveis de operacionalização da função derivada.

Ademais, é importante observar que essas formas diferenciam-se não apenas pelo momento em que são incorporadas no procedimento de contratação, mas também pela própria técnica utilizada. A técnica utilizada é fator determinante na intensidade das questões jurídicas que a função derivada enseja, conforme será visto no Capítulo 5. Por exemplo, a operacionalização da função derivada na forma de contratação exclusiva implica a eliminação de todos os grupos que não se enquadrem na regra, gerando grave tensão com os valores de isonomia e ampla competição. Já a operacionalização da regra pelo detalhamento específico do objeto da contratação, embora possa ensejar ônus adicionais aos interessados em contratar com o Estado, permite, por outro enfoque, que esses mesmos interessados possam adaptar seu produto à regra, possibilitando que todos participem no procedimento de contratação e diminuindo, pois, a tensão com a isonomia e ampla competição. Assim, ainda que, de início, a especificação

²⁷⁰ Ressalte-se que, no caso de margem de preferência para micro e pequenas empresas, o objetivo não é assegurar necessariamente a contratação desse grupo (diferentemente, portanto, do que acontece com a contratação exclusiva), mas sim permitir que ele tenha melhores condições no acesso ao mercado de compras públicas.

do objeto também possa ter consequência excludente (afastando todos os objetos que não se enquadrem na definição), ela permite a adaptação pelos fornecedores que quiserem continuar acessando aquelas contratações públicas. Outro exemplo é a técnica de margem de preferência no momento de julgamento das propostas – que, nos casos das preferências para produtos e serviços nacionais e para micro e pequenas empresas, ensejou grande litigiosidade durante o processo de contratação, conforme visto nos itens 3.8.1 e 3.8.3, respectivamente.

Interessante abordar o exemplo da técnica de operacionalização da função derivada mais utilizada pelo legislador nacional, conforme item 3.6.6: a dispensa de licitação. As regras de função derivada com essa técnica incidem majoritariamente sobre grupos (52%), seguida por misto (32%) – dados que ressaltam o caráter pessoal da dispensa e, pois, da regra de função derivada que adota essa técnica.

Há, de fato, intensa discussão sobre as possibilidades e os limites das diferentes técnicas de função derivada, tendo em vista os níveis de impactos que cada técnica enseja para outros valores perseguidos por um sistema regulatório de contratações.

Trepte (2004, p. 80), por exemplo, entende que a colocação da função derivada em critérios de julgamento deve ser evitada ao máximo, dando preferência a outros mecanismos. Isso porque a lógica inerente ao momento de julgamento das propostas volta-se para o preço ou equivalentes relacionados à eficiência (*"best value for money"*).²⁷¹ De acordo com o autor, deve-se preferir a inclusão de fatores relacionados à função derivada (*"secondary policies"*, na expressão adotada pelo autor) em outros momentos da contratação, se juridicamente possível.

²⁷¹ "The use of award criteria for the implementation of secondary policies is severely limited because award is concerned with achieving value for money and is based on price or 'equivalent' considerations. The application of many secondary policies would, in many cases, result in higher prices on the part of the compliant tenderers. Where the pursuit of secondary policies is permitted by other means such as statutory or contract compliance or by way of suitability or technical specifications, such requirements may be realized at the award stage by ensuring such considerations into account".

Já Vidal (2010, p. 78) aponta que, na experiência internacional, a imposição de critérios não relacionados ao objeto do contrato na fase de seleção não costuma ser aceita, mas esses critérios são aceitos na fase de execução contratual. O autor cita o exemplo da França que, no passado, vetou a colocação de critérios derivados visando a combater o desemprego dentre os critérios de seleção (afastando, pois, o critério de seleção do “*socially highest bidder*”), mas os aceitou como obrigações a serem cumpridas pelo contratado na execução do contrato.²⁷²

No caso da União Europeia, por exemplo, a Diretiva Clássica que atualmente regula os contratos públicos alargou bastante os fatores que poderiam ser considerados no julgamento da melhor proposta – ressalvando, contudo, que esses fatores não poderiam fugir da abordagem de custo-eficácia pela entidade contratante. Na Diretiva anterior, já se previa a “**proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante**” (ao lado do “preço mais baixo”), com algum alargamento dos fatores a serem considerados para a definição da melhor proposta, sendo que, ainda assim, todos os critérios teriam que representar uma vantagem econômica para

²⁷² Analisando o caso da França a partir do Código de Licitações e Contratos da França, de 2001, o autor pondera: “In summary, under national law, the environmental and social requirements could not be considered until the implementation stage of the contract. Moreover, this refusal to take into account considerations related to sustainable development at the stage of the award was in addition to the great difficulty in distinguishing between award criteria and conditions of performance. It was indeed paradoxical to allow the introduction of environmental criteria in the contract implementation stage, while excluding them at the stage of the selection of tenders. Indeed, for a tenderer to be selected, he must be able to meet the requirements of the specifications. However, compliance with the requirements of the specifications is one of the first selection criteria, since it determines the eligibility of the tender. It is therefore likely that the measures introduced in the specifications were already considered in the ‘cahiers des charges’, introducing a real risk of discrimination”.

a entidade contratante.²⁷³ A Diretiva atualmente vigente colocou a **proposta economicamente mais vantajosa** como o critério de escolha preferencial para as contratações públicas, ressalvando que ela “**deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia**”. Ao mesmo tempo, a Diretiva alargou os fatores que podem ser considerados na definição dessa relação custo-eficácia – incluindo “**aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa**” –, mantendo, contudo, a ressalva de que tais critérios relacionem-se ao objeto a ser fornecido na contratação.²⁷⁴

²⁷³ Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa aos contratos públicos: “Artigo 53 - Critérios de adjudicação: 1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas à remuneração de determinados serviços, os critérios em que as entidades adjudicantes se devem basear para a adjudicação são os seguintes: a) Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, diversos critérios ligados ao objecto do contrato público em questão, como sejam qualidade, preço, valor técnico, características estéticas e funcionais, características ambientais, custo de utilização, rendibilidade, assistência técnica e serviço pós-venda, data de entrega e prazo de entrega ou de execução; ou b) Unicamente o preço mais baixo”.

²⁷⁴ Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos: “Artigo 67º - Critérios de adjudicação: 1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços, as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo: a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução. (...) Os critérios de adjudicação devem ser considerados em função do objeto do contrato público quando estiverem relacionados com as obras, produtos ou serviços a fornecer ao abrigo desse contrato, sob qualquer aspeto e em qualquer fase do seu ciclo de vida, incluindo fatores envolvidos: a) No processo específico de produção, fornecimento ou negociação das obras, produtos ou serviços; ou b) Num processo específico em relação a outra fase do seu ciclo de vida, mesmo que estes fatores não façam parte da sua substância material”.

Note-se que, a depender da técnica utilizada – além, é claro, do conteúdo materialmente adicionado à contratação –, a função derivada pode influenciar apenas o processo produtivo relacionado ao contrato ou todo o processo produtivo da empresa contratada. Nesse último caso, em que a função derivada gera efeitos para fora do contrato, pode-se cogitar com especial atenção a alternativa de promover o fim social por meio da regulação geral.

As diferentes técnicas também representam **graus variados de normatividade da regra de função derivada**, que podem, por sua vez, determinar maior ou menor grau de **coercibilidade** da regra de função derivada. Nesse sentido, uma preferência genérica, que não explicita a forma de operacionalização da regra de função derivada ao longo do procedimento de contratação, terá baixo grau de densidade normativa – do que decorrerá menor grau de coercibilidade. Por sua vez, a técnica de seleção de proposta tende a ter maior grau de densidade normativa, que será ainda mais intensificado se a regra especificar exatamente como será concedida a preferência na seleção da proposta (por exemplo, com uma margem percentual de preferência em relação ao menor preço ofertado).

Outro ponto interessante trazido pelos dados analisados no item 3.6.6 trata-se do que fato de que quase todas as regras de “preferência genérica” (com exceção de 1, no universo de 14) são de aplicação obrigatória, sendo que a técnica de preferência genérica representa 33% das regras de caráter obrigatório.

Isso pode demonstrar certa inconsistência na técnica legislativa: ao mesmo tempo em que o legislador preocupa-se em conferir caráter de obrigatoriedade à regra de função derivada, ele não traz qualquer indicação da forma como aquela regra (no caso, preferências) será operacionalizada durante o processo de contratação pública. Por sua vez, a falta de maior detalhamento quanto à técnica de função derivada representa, na prática, menor grau de imposição de sua aplicação ao

gestor. Nesse sentido, comparando dois exemplos da Lei Complementar nº 123/2006, ambos de aplicação obrigatória, vê-se que o comando de preferência em caso de empate (art. 44 e 45) possui muito mais força de incidência do que a preferência genérica de acesso preferencial ao mercado de compras públicas (art. 1º, III).

Mas, para além das consequências diferentes que podem ser trazidas por cada técnica de função derivada, é importante notar que o **conteúdo efetivo** da adicionalidade prevista também pode ensejar consequências diversas.

Considerando-se uma mesma técnica, por exemplo, prever a margem de preferência no preço de 10% (como no caso da preferência para micro e pequenas empresas trazida pelo art. 48, § 3º, Lei Complementar nº 123/2006) tem impactos diferentes do que a preferência de 25% (tal como a prevista no art. 3º, § 5º e seguintes, Lei nº 8.666/1993). Ou, na técnica de função derivada por meio da definição do objeto, as consequências são diversas se ela é inserida como um atributo na definição do funcionamento ou *performance* do objeto, em comparação com uma característica ou design específico. Em ambos os exemplos, há diferença tanto nos impactos para o setor produtivo, como nas tensões com outros valores a serem possivelmente gerados com cada forma de previsão da função derivada.

Destarte, a escolha do momento e da técnica de operacionalização da função derivada, bem como seu conteúdo no caso concreto, não é uma decisão trivial. A depender de como e quando a função derivada é incluída no processo de contratação, pode-se amplificar ou reduzir as tensões geradas com outros valores igualmente perseguidos no âmbito do sistema de contratações e, eventualmente, interferir até mesmo na sua própria viabilidade jurídica.

A segunda característica a ser analisada diz respeito ao **grau de abrangência** da regra de função derivada. A regra pode (i) ter caráter

geral, aplicando-se para qualquer tipo de objeto a ser contratado, como no caso da margem de preferência para produtos e serviços brasileiros (art. 3º, §§ 5º a 9º, Lei nº 8.666/1993); ou *(ii)* ser **específica**, aplicando-se apenas para determinados objetos, como a previsão de contratação preferencial de bens e serviços de informática e automação com conteúdo nacional (art. 3º, Lei nº 8.248/1991). Ambos os exemplos mencionados tratam de uma política de estímulo à indústria nacional; em um deles, contudo, o fomento aplica-se indistintamente, para qualquer contratação a ser realizada por ente público; no outro, o fomento volta-se para um tipo específico de objeto (bens e serviços de informática e automação) – objeto que, por sua vez, relaciona-se com o próprio setor visado pela lei que introduziu a regra de função derivada.

As consequências do grau de abrangência da regra de função derivada são, como se nota, distintas. A regra com abrangência geral terá impacto extremamente significativo para o setor produtivo como um todo, na medida em que poderá ou deverá ser aplicada para toda e qualquer contratação pública. Já a regra com abrangência específica terá impacto restrito ao setor em que se aplica; as consequências poderão, é claro, ser relevantes no âmbito do referido setor, mas, em relação ao setor produtivo como um todo, seu impacto será menor.

A adoção de regra geral deve ser ponderada pelo impacto geral decorrente de sua incidência para todo o mercado de compras públicas (e, portanto, para todo o setor produtivo que contrata com o Estado). Mas os impactos de regra de abrangência específica também podem ser extremamente significativos (de forma benéfica ou desastrosa), caso o setor público seja um comprador relevante no referido mercado.

Relembre-se que, na análise legislativa realizada no item 3.6.4, constatou-se que a maioria (por pequena margem, 56%) das regras de função derivada incide sobre objetos específicos e, portanto, possui abrangência restrita a esses objetos. Há quase um equilíbrio no ordenamento jurídico nacional entre regras de abrangência geral e específica.

A questão da abrangência da regra de função derivada também se mostra relevante quanto se analisa **o tipo de lei que a veicula (origem), ou o tipo de lei onde ela é inserida (destino).**

Considerando-se a lógica estrutural do sistema regulatório, espera-se que, quando trazidas por leis gerais de contratações, as regras de função derivada possuam caráter mais abstrato em relação ao objeto a ser contratado, com maior transversalidade setorial – como, por exemplo, a regra de preferência para a indústria nacional, a ser observada para todas as contratações públicas, independentemente do tipo de objeto.²⁷⁵

Por sua vez, espera-se que regras de função derivada trazidas por leis setoriais tenham abrangência mais restrita, isto é, alcancem objetos relacionados ao setor promovido pela lei. Seria o caso, por exemplo, de lei que traz uma política de proteção agrícola, prevendo hipóteses de função derivada que visam a incentivar o setor ou grupos específicos desse setor.²⁷⁶

A inobservância dessa lógica pode aumentar a complexidade do procedimento de contratação, na medida em que as regras de função derivada terão abrangência que pode não se compatibilizar com o tipo de lei que as originam ou nas quais elas se incluem. A complexificação será ainda mais intensa em relação às leis setoriais que trazem regras de função derivada aplicáveis de modo geral, para qualquer tipo de contratação pública, não só para aqueles que possam ter relação com o setor ou a atividade a qual se relaciona.

²⁷⁵ É esse o caso da Lei nº 12.349/2010, que alterou o art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, incluindo a possibilidade de aplicação de margem de preferência para qualquer produto ou serviço nacional.

²⁷⁶ Concretamente, essa é a hipótese da Lei nº 8.171/1991, que dispõe sobre a política agrícola e, dentre seus instrumentos, prevê a aquisição preferencial de estoques de alimentos de associação de pequeno e médio produtores (conforme art. 31, § 3º).

Nesse sentido, a análise do cenário legislativo nacional (item 3.6.3) demonstrou que essa lógica é, majoritária mas não totalmente, seguida. Isto é, há regras de função derivada contidas nas leis gerais de contratação que não necessariamente têm abrangência geral para toda e qualquer contratação (quer dizer, têm incidência para situações específicas), enquanto existem regras de função derivada contidas em leis de políticas públicas setoriais e com aplicação transversal para todas as contratações públicas, independentemente da especificidade do objeto a ser contratado. Caso a presunção aqui adotada esteja correta, a tendência será de complexificação do sistema regulatório de contratações públicas nacional, na medida em que a abrangência da regra de função derivada não corresponde à do diploma legislativo no qual ela se insere.

As dificuldades serão ainda mais relevantes no caso de regras de função derivada de abrangência geral previstas apenas em leis setoriais – regras que, embora impactem as contratações públicas como um todo (utilizando-as como instrumento de política pública), não estarão refletidas nas leis gerais de contratação. Esse é o exemplo das hipóteses de função derivada na técnica de dispensa de licitação, em que quase metade (40%) não está prevista no rol do art. 24, da Lei nº 8.666/1993. Ou, ainda, da Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), que estabelece preferência geral para a aquisição de produtos reciclados, recicláveis ou compatíveis com consumo social ou ambientalmente sustentável (art. 7º, XI, “a” e “b”), ou da Lei nº 12.187/2009 (Política Nacional sobre Mudança do Clima), que prevê uma preferência para as propostas que propiciem redução do consumo de recursos naturais e emissão de gases (art. 6º, XII).

Última característica das regras de função derivada a ser analisada diz respeito à sua **proibição, facultatividade ou obrigatoriedade**.

Quando prevista por diploma legislativo, este pode (i) proibir o uso da função derivada, (ii) conferir ao ente contratante a faculdade de utilizar

a função derivada, ou (iii) impor a ele a sua utilização. No primeiro caso, o ente contratante estará vedado de utilizar a função derivada. No segundo, poderá decidir, para cada contratação que pretende realizar, se irá ou não aplicar a regra de função derivada. A autoridade responsável pela contratação terá, portanto, discricionariedade para decidir pela conveniência e oportunidade da aplicação da regra, tendo em vista as características do caso concreto, tais como o mercado existente, o universo de possíveis interessados, as estimativas de custos, o orçamento disponível, a urgência da contratação, os valores visados pelos objetivos primário e secundário. No terceiro, não haverá espaço para moldar a decisão administrativa conforme o caso concreto: se a contratação enquadrar-se na hipótese trazida pela regra de função derivada, a autoridade contratante deverá necessariamente aplicá-la.

No cenário legislativo brasileiro apresentado no item 3.6, nenhuma das regras selecionadas veda a utilização da função derivada; há apenas regras que autorizam ou que impõem (com maior ou menor detalhamento e grau de normatividade) seu uso. Talvez isso seja justificado, por um lado, pelo entusiasmo em relação à função derivada, ao menos no âmbito legislativo nacional. Contudo, não se pode perder de vista o potencial de conflito da função derivada com os outros valores buscados pela contratação pública (notadamente, isonomia, competição e eficiência). Assim, por outro lado, as regras podem visar a introduzir, no âmbito legal, novos valores a serem perseguidos pelas contratações nas situações enquadradas (ou, sob outra perspectiva, a flexibilização dos valores “tradicionais”), trazendo maior segurança jurídica para o uso da função derivada.

Em relação à facultatividade *versus* obrigatoriedade da função derivada, pode-se presumir que, se a lei obrigar seu uso, o legislador já terá ponderado quanto aos meios disponíveis e decidido para imposição da racionalidade política na contratação pública. A discricionariedade para o ente contratante adotar a função derivada em um caso concreto traz a decisão sobre aplicar ou não valores de justiça distributiva para

o âmbito da contratação pública, o que tensiona os valores primários da contratação. Esse ponto enseja a questão sobre a legitimidade democrática na função derivada – a quem cabe decidir os “*trade-offs*” inerentes a esse instrumento, se ao legislador ou ao administrador –, tema que analisarei no item 5.4.

O processo de ponderação para definir pela facultatividade ou obrigatoriedade da regra assemelha-se a qualquer decisão em que se tenha que delimitar a margem de discricionariedade a ser conferida ao gestor. Por um lado, a maior discricionariedade permite que a autoridade contratante possa ponderar pela conveniência e oportunidade de aplicação da função derivada para aquele caso concreto, avaliando se será efetiva ou mesmo eficaz diante das peculiaridades do objeto a ser contratado e do mercado que o fornece.²⁷⁷ Por outro lado, conferir essa discricionariedade pode causar instabilidade e falta de transparência para o setor produtivo, notadamente no caso de necessidade de adaptações no processo produtivo para continuar a fornecer para o mercado público.²⁷⁸

Constarei, por intermédio da análise normativa no item 3.6.7, haver proporção equivalente entre regras que colocam a função derivada como

²⁷⁷ Especificamente sobre a margem de preferência prevista no art. 3º, § 5º, Lei nº 8.666/1993, Niebuhr (2011, p. 302-303) entende que ela deve ser discricionária, pois nem sempre será mais vantajosa. Assim, caberá aos estudos demonstrar o quanto mais caro vale a pena para a Administração pagar, em prol do incentivo ao desenvolvimento nacional.

²⁷⁸ Souza (2006, p. 35), analisando a questão da discricionariedade versus segurança jurídica (que ela chama de credibilidade) pela perspectiva das políticas públicas, pondera: “O elemento credibilidade das políticas públicas também ganhou importância, ou seja, a prevalência de regras pré-anunciadas seria mais eficiente do que o poder discricionário de políticos e burocratas, contido nas políticas públicas. O fator credibilidade passou a ser fundamental para políticas como a monetária, mas também influenciou o novo desenho das políticas públicas em várias outras áreas. A credibilidade baseia-se na existência de regras claras em contraposição à discricionariedade dos decisores públicos e burocratas, a qual levaria à inconsistência. Além do mais, a discricionariedade gera altos custos de transação. Assim, a discricionariedade, de acordo com esta visão, seria minimizada ou eliminada, delegando poder a instituições bem desenhadas e ‘independentes’ do jogo político e fora da influência dos ciclos eleitorais”.

obrigatória (a ser necessariamente observada pelo ente contratante) e facultativa (conferindo, portanto, uma opção ao ente contratante). Note-se que uma regra pode ser originalmente facultativa, mas ser prevista como obrigatória por regulamentação posterior (advinda tanto de outro ente federativo, em função do sistema federativo, como em razão do poder regulamentar dos entes administrativos).²⁷⁹ Nesse sentido, exemplo interessante é a margem de preferência para produtos e serviços nacionais. Na redação do art. 3º, § 5º, Lei nº 8.666/1993, é previsto que “**poderá ser estabelecida margem de preferência**” – existindo, pois, faculdade (e não obrigatoriedade) para a adoção da preferência. O artigo prevê, ainda, que as margens de preferência deverão ser regulamentadas por decreto federal, para cada produto ou serviço (§ 8º). Com base nessa previsão legislativa, diversos decretos federais foram promulgados para estabelecer e regular a “margem de preferência” em diferentes setores e produtos. Esses decretos são, em essência, bastante semelhantes entre si, prevendo essencialmente a percentagem a ser aplicada para diferentes produtos e serviços brasileiros, conforme o setor objeto do diploma, que varia desde tecnologia de informação até brinquedos e papel-moeda. Nessa regulamentação, os decretos preveem que “[f]ica estabelecida a aplicação de margem de preferência”. Isto é, para o produto ou serviço a que se referem e no âmbito da administração pública federal, deixa de haver discricionariedade para o ente contratante decidir se aplicará a margem de preferência, existindo, pois, obrigatoriedade nessa aplicação. Assim, se a margem de preferência nasce, originalmente, como de aplicação facultativa, no âmbito federal, para os produtos e serviços em que há definição de sua utilização, ela passa a ser de aplicação obrigatória. Veja-se que a jurisprudência do TCU caminhou nesse sentido de identificar uma faculdade originalmente conferida pelo legislador, para então, a partir da edição do decreto para determinado

²⁷⁹ As dificuldades geradas pelas múltiplas esferas de regulamentação da função derivada serão abordadas no item 5.5.1.

produto ou serviço, concluir pela obrigatoriedade na aplicação da preferência, no âmbito da administração pública federal.²⁸⁰

4.3 Função derivada como instrumento de fomento, regulação ou políticas públicas?

A ação administrativa, que tem por objetivo e fundamento o alcance de fins públicos, pode ser estruturada por diferentes formas e técnicas. Tradicionalmente, as funções administrativas dividem-se em função prestacional (serviço público), ordenadora (poder de polícia), reguladora (regulação) e fomentadora (fomento). A conceituação dessas funções é bastante complexa, sobretudo porque, por um lado, a complexificação da ação administrativa torna difícil a segmentação estanque dessas categorias; por outro, porque a forma de ação não é diferenciada a partir dos fins visados, uma vez que qualquer ação estatal terá fins coletivos, havendo a chamada “intercambialidade das formas” (DEL ALCÁZAR, 1967, p. 55).

Por sua vez, política pública pode ser caracterizada como a ação governamental organizada para determinado fim público, ação que visa a “**coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e**

²⁸⁰ Conforme visto no item 3.8.1.2, no primeiro contato com o tema, quando inexistia regulamentação das margens a serem aplicadas para produtos e serviços em específico, o TCU apontou para a faculdade no uso da margem de preferência, conforme possibilidade conferida pelo legislador; não se trataria, portanto, de obrigatoriedade, e demandaria inclusive justificativa por parte do ente contratante (Acórdão nº 693/2011, Plenário, data da sessão: 23/03/2011). Posteriormente, quando já existiam diversos decretos de aplicação da margem de preferência, o tribunal entendeu ser necessária a aplicação da margem de preferência, por entidade contratante da administração pública federal (Acórdão nº 6548/2016, 2ª Câmara, data da sessão: 31/05/2016).

politicamente determinados”.²⁸¹ Trata-se, pois, de eleger um fim social relevante e, partir daí, planejar e organizar a ação estatal visando a sua implementação, incluindo a identificação dos instrumentos que podem ser utilizados e das metas a serem alcançadas.

A compreensão da função derivada na tipologia de funções estatais é relevante para auxiliar a decisão (em âmbito legislativo e administrativo) sobre se e quando usar a função derivada, a partir do melhor entendimento das consequências geradas pelas diferentes formas de estruturação da ação estatal.

Pode-se dizer que a função derivada serve de **instrumento transversal de políticas públicas**, sendo a ação estatal, no caso, estruturada na forma de **fomento estatal**. A função derivada visa a tornar algumas condutas mais atrativas para o setor privado (e, indiretamente, tornar outras atividades menos atrativas), moldando a ordem econômica e social aos fins da Constituição. Com isso, ela mostra-se ferramenta hábil não apenas à correção de falhas de mercado mas, também, para efetiva realização de fins públicos, de políticas públicas.

A função derivada caracteriza-se como **instrumento de intervenção estatal estruturada na forma de fomento**, na medida em que se configura como **norma de indução (positiva ou negativa)**, pautada na **consensualidade e não coercibilidade**.

Na definição de fomento estatal trazida por Marques Neto (2010), “[o] **fomento estatal pode ser definido como atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários**

²⁸¹ Conforme definição de política pública trazida por Bucci (2002, p. 39): “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Souza (2006, p. 24), por sua vez, retoma, de forma bastante resumida, a definição clássica da ciência política: “A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”.

particulares, de forma a condicionar o comportamento privado”. Como aponta Pozas (1949, p. 46, tradução nossa), “a ação de fomento é uma via intermediária entre a proibição e o intervencionismo estatal, e que pretende conciliar a liberdade com o bem comum, mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo para que queira o que convém para a satisfação da necessidade pública em questão”.

Veja-se, assim, que o traço distintivo do fomento é a **consensualidade**, sendo a ação estatal estruturada de modo que os fins públicos por ela perseguidos sejam alcançados a partir da adesão voluntária pelos agentes privados que implementarão esses objetivos. Por sua vez, para gerar a adesão, o Estado oferece estímulos (positivos ou negativos) para os agentes que colaborem com o proposta. Assim, no lugar de uma estrutura de comando/sanção, o fomento é moldado a partir da oferta de estímulos e desestímulos, de modo a atrair o consenso do agente para a execução do objetivo do fomento.²⁸²

Pelo aspecto da consensualidade, a função derivada será um instrumento de fomento estatal. Ela é inserida no âmbito da contratação pública, como fim a ser adicionalmente perseguido. Sua implementação pressupõe a efetivação de contratação pública com ao menos um interessado disposto a participar da referida contratação e, com isso, efetivar os fins visados pela contratação, incluindo o fim derivado. Por sua vez, a participação de eventuais interessados no processo de contratação pública é facultativa e pressupõe a concordância deles, não havendo

²⁸² Conforme Marques Neto e Zago (2014, p. 409): “A principal especificidade do fomento em relação a outras formas de intervenção está na estrutura da atuação estatal adotada na busca de tais objetivos: no fomento, o Estado não atua diretamente na economia e nem se utiliza de meios coercitivos. O Estado usa mecanismos de estímulos e desestímulos para incentivar a realização de uma conduta desejada – conduta essa que, espera-se, irá contribuir para a efetivação dos objetivos arrolados no art. 170 da CF/1988, entre outros – por aqueles que queiram, voluntariamente, executá-la. A partir desse incentivo ou desincentivo estatal, gera-se um benefício que estimula o agente econômico a executar a conduta visada pelo Poder Público. Dessa forma, a satisfação de fins de interesse público (objetivo comum às diferentes formas de fomento) será buscada por meio de intervenção estatal mínima na propriedade e na liberdade, e dependerá do consenso do agente do fomento”.

qualquer coerção para sua adesão.²⁸³ O estímulo para a participação no mercado de compras públicas vem do benefício econômico que pode ser obtido por aqueles que optarem por dele participar. É certo que, a partir do momento em que o interessado se vincular à contratação, ele obrigará-se a seus termos e condições; isso não retira, contudo, a consensualidade que existe na decisão quanto à submissão ao processo de contratação.

A função derivada é, pois, instrumento de fomento estatal, no qual o Estado busca estimular (positiva ou negativamente) determinado fim público (representado na função derivada), a ser obtido com a execução de atividade (no caso, a contratação pública) pelo agente de fomento (o contratado ou o interessado em contratar).

A atividade fomentadora fica mais visível quando há equivalência entre o beneficiado com a função derivada e o próprio contratado. É o que ocorre na previsão de contratação exclusiva para micro e pequenas empresas (art. 48, I, LC nº 123/06), na qual o grupo beneficiado com o fomento (o setor das micro e pequenas empresas) será o futuro contratado. Mas a atividade fomentadora também existirá no caso em que houver desvinculação entre o beneficiado com a função derivada e o contratado. Neste caso, o contratado será agente da função da derivada, executando o fim público que beneficiará o grupo ou setor fomentado, conforme visto acima (item 4.2.2).

A atividade estatal fomentadora – e, no caso, a função derivada – em muito se aproxima da função regulatória, na medida em que poderá visar ao incentivo de setor ou grupo, do mesmo modo que o fomento pode visar à regulação de determinado setor ou grupo.

Em sentido restrito dos termos, a principal diferença entre regulação e fomento é o caráter consensual deste e coercitivo daquela: enquanto a

²⁸³ Pela perspectiva da coercitividade, Kelman (2002, p. 284) aponta que o uso do contrato será sempre menos coercitivo do que outros instrumentos intervenção estatal, como a taxação e a regulação.

regra regulatória incide, necessariamente, sobre todos os que estejam na condição subjetiva e objetiva especificada na norma, a regra de fomento apenas incidirá para aqueles que se enquadrem na condição descritiva na norma e acordem em submeter-se a ela, em troca de algum benefício ofertado.

Mas, em um sentido mais amplo de regulação, mais aproximado à ideia de intervenção estatal indireta, pode-se dizer que a função derivada possui caráter regulatório (caráter regulatório que, aliás, está sempre presente no fomento), na medida em que visará ordenar a economia para o setor produtivo alcançar os princípios constitucionais que pautam a ordem econômica (conforme art. 171, Constituição Federal). Na concepção de “moderna regulação”, o Estado atua não apenas como mediador de conflitos, mas também como indutor dos interesses públicos, incentivando, restringindo ou condicionando a atividade econômica, como forma de consagrar políticas públicas (MARQUES NETO, 2002).

Partindo dessa perspectiva de regulação em sentido mais amplo, alguns autores mencionam a função derivada como instrumento de intervenção estatal ou instrumento regulatório, ressaltando a dimensão intrinsecamente reguladora do contrato administrativo (por exemplo, Gonçalves, 2011), que assume uma função de regulamento, de lei intrapartes. Nesse sentido, Souto (2005, p. 308-309 e p. 315) entende que, ao exercer seu poder de compra, o Estado regula o mercado, pois interfere na sua estrutura, constituindo-se o contrato administrativo como marco regulatório em si próprio, que incorpora as decisões do regulador. Santos (2011, p. 164-165) também aponta o poder de compra estatal como instrumento de intervenção estatal na economia, tendo em vista seu tamanho em termos econômicos e, portanto, seu

potencial de impacto no setor produtivo.²⁸⁴ Há ainda referências à função derivada como “função regulatória da licitação”.²⁸⁵

Interessante mencionar a comparação feita por Gonçalves (2011) entre a regulação por contrato (quando há a contratualização da regulação) e a regulação pública indiretamente promovida pelo contrato administrativo (quando este é utilizado como instrumento de regulação, sendo o fim regulatório perseguido colocado de forma indireta no contrato).²⁸⁶ Nesse último caso, o Estado surge na qualidade de contratante e adquirente; na regulação por contrato, o Estado surge na qualidade imediata de regulador, e o contrato tem por objeto direto a regulação. A função derivada, assim, pode ser vista como forma de regulação por vias indiretas – fenômeno representado pela derivação, pela forma indireta e oblíqua com que um novo fim é colocado na contratação pública.

²⁸⁴ Falando sobre as contratações sustentáveis, o autor aponta: “Isso porque o Estado é um grande consumidor de bens, serviços e obras, de modo que é grande a movimentação do mercado para atender essa demanda de consumo estatal. Com a exigência de objetos sustentáveis por parte do Estado o Mercado passará a se movimentar para atender essa demanda estatal, o que levará ao desenvolvimento de bens, serviços e obras que atendam a critérios de sustentabilidade. Dessa forma, é que as licitação e as contratações sustentáveis implicam em uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, visando assegurar a defesa do meio ambiente por meio do incentivo ao desenvolvimento de atividades e bens sustentáveis, o que também possui inegável caráter educativo”.

²⁸⁵ Essa expressão é usada, entre outros, por: Ferraz (2009); e Oliveira e Freitas (2012).

²⁸⁶ Conforme compara o autor: “Uma outra distinção, que parece dever fazer-se, ocorre entre a regulação pública indirectamente promovida através de contrato e a regulação administrativa por contrato. Como já tem sido observado, o contrato público pode, de facto, ser usado como tool de regulação, mesmo quando um determinado objectivo público (de carácter regulatório em sentido lato) surge apenas de forma indirecta e até sub-reptícia. A hipótese tem sido sobretudo evidenciada a propósito da oportunidade de realizar objectivos públicos determinados (de natureza social ou ambiental) na contratação das compras públicas. Diferentemente da regulação (rectius, da “política pública”) promovida, de forma indirecta, por contrato, em que o contraente público surge na qualidade de adquirente, no cenário da regulação por contrato, o contraente público aparece imediatamente na qualidade e no exercício da função de regulador ou de responsável por um sistema de regulação e o contrato tem por objecto principal e imediato a formulação e, ou a implementação de normas regulatórias”.

Ressalte-se ser possível que, na prestação indireta de um serviço público (por meio de concessão ou permissão), busque-se o fomento de determinado setor ou atividade, por meio da inclusão de regra de função derivada na contratação dessa prestação (seja na fase de seleção e escolha do contratado, seja na execução da concessão). Assim, a função derivada também poderá estar inserida no âmbito de um serviço público, como regra de fomento.

Por meio da função derivada, há, pelo viés da contratação pública, diversificação de seus fins. Outra forma de olhar o movimento é a convergência de papéis entre as funções de Estado-regulador e Estado-comprador. A narrativa dessa junção de papéis é bastante utilizada pela doutrina estrangeira para caracterizar o movimento de função derivada, bem como para demonstrar as racionalidades diversas que passam a estar envolvidas na contratação pública, conforme abordarei no item 4.4. Burgi (2010) é um dos autores que tratam a função derivada a partir da convergência entre as funções estatais de comprador e regulador, da seguinte forma:

Focando mais para a questão, deve-se notar que, em se tratando da função primária da contratação, o ente público está na posição de consumidor. No caso da função primária, a autoridade contratante demanda por bens ou serviços com requisitos mínimos que são obrigatoriamente necessários, e por garantias de que os bens ou serviços licitados funcionam. Quando se adiciona cláusulas secundárias ao processo de contratação, o ente contratante passa a agir como um ente regulador, tentando promover necessidades públicas em geral, tais como um meio ambiente melhor e mais limpo, condições trabalhistas mais justas, estímulos ao mercado, ou mercado mais justo, por exemplo. Adotando uma análise analítica, considerações secundárias, não obrigatoriamente necessárias para a integral execução do contrato ou satisfação das necessidades envolvidas na contratação, acabam por aparentar-se como subsídios. (BURGI, 2010, p. 108-109, tradução nossa)

O próprio autor, contudo, ressalva que essa delimitação nem sempre será clara: é possível, por exemplo, que exigências ambientais relacionem-se

tanto com a função primária, como com a derivada. Nesse sentido, a divisão entre as exigências que são previstas na contratação em razão da compra (função primária) ou em decorrência da função regulatória (função derivada) nem sempre será de fácil identificação.

Mccrudden (2007), por sua vez, denomina a função derivada como *"linkage"* (acoplamento, vinculação), justamente para enfatizar o movimento de conexão entre as funções regulatória e compradora do Estado, a partir da diversificação dos fins das contratações públicas:

A questão específica que é tema central deste livro é como o Estado busca combinar três funções estatais, distintas até então: ao mesmo tempo, participar do mercado e regulá-lo, por meio do uso de seu poder de compra para a promoção de justiça social, particularmente igualdade e não-discriminação. O termo *"linkage"* é usado ao longo do livro para descrever esse tipo de uso da contratação pública. (MCCRUDDEN, 2007, p. 3, tradução nossa)

No Capítulo 5, voltarei ao tema da função derivada como meio de amarração entre as funções regulatória (em sentido amplo, ou de fomento, em sentido mais restrito e técnico) e puramente compradora, para tratar especificamente da complexificação e das tensões geradas por essa junção.

A função derivada é também **instrumento de políticas públicas**. Conforme visto no item 3.6.5, a função derivada vem sendo utilizada para promover rol diversificado de fins públicos – desde mais gerais, como o incentivo da "indústria nacional" ou o fomento de atividades sustentáveis, até mais específicos, como a proteção de "portadores de deficiência". Nesses casos, há a eleição de fins a serem promovidos e fomentados pela ação governamental, estruturada, entre outras formas, por meio da função derivada. As contratações públicas servem, assim,

como instrumento para a viabilização desses fins públicos, consignados em políticas públicas setoriais diversas.²⁸⁷

Nesse sentido, o uso da função derivada como instrumento de políticas públicas coloca esse fenômeno no âmbito das discussões referentes às políticas públicas. Aponto, aqui, quatro principais questões trazidas pela inclusão da função derivada no âmbito o tema das políticas públicas.

Primeira, deve-se compreender que a função derivada insere-se no âmbito de um processo de decisões políticas (arena política) que, a depender de seu objeto, pode gerar reações e, portanto, entraves e suportes diferentes. Souza (2006, p. 28), analisando diferentes formas de classificação de políticas públicas, menciona a tipologia desenvolvida por Theodor Lowi, que tem seu ponto de partida na arena política (e os diferentes jogos de interesse que cada tipo envolve): políticas distributivas, políticas regulatórias, políticas redistributivas e políticas constitutivas.²⁸⁸ A partir dessa classificação, entendo que a função derivada pode estar envolvida em qualquer desses tipos, mas estará particularmente relacionada às políticas distributivas ou redistributivas,

²⁸⁷ A função derivada bem se enquadra na definição de **instrumentos de políticas públicas** trazida por Schneider e Ingram (1997, p. 93): “Policy tools are the elements in the policy design that cause agents or targets to do something they would not otherwise do with the intention of modifying behavior to solve public problems or attain policy goals”.

²⁸⁸ Nas palavras da autora: “Theodor Lowi (1964; 1972) desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Com essa máxima Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas. Para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente”.

sendo a contratação pública custeada por recursos orçamentários gerais, e utilizada como mecanismo para fomentar e proteger determinados grupos e atividades.

Segunda, a análise das políticas públicas a partir de seu ciclo contínuo²⁸⁹ (agenda, formulação, implementação e avaliação, retornando-se à etapa inicial) destaca a identificação e avaliação das alternativas para escolha dos instrumentos mais adequados diante dos objetivos visados. Diante disso, a decisão pelo uso da função derivada traz a necessidade, na fase de desenho e formulação da política pública, da análise do instrumental disponível para sua implementação, em que serão cotejadas as alternativas possíveis – entre as quais, a função derivada.

Quanto a esse ponto, pode-se indagar sobre o caráter subsidiário da função derivada em relação a outros instrumentos de execução de políticas públicas. Isto é, sob uma perspectiva prescritiva, se a execução da política pública deveria priorizar outros instrumentos, sendo a contratação pública meio subsidiário e complementar aos demais meios disponíveis ao poder público.

Veja-se, por exemplo, o caso da tutela ao meio ambiente. É certo que as chamadas “contratações sustentáveis” ganham cada vez mais atenção como ferramenta relevante para o incentivo de adoção de práticas ambientalmente adequadas. No entanto, trata-se de ferramenta subsidiária e complementar a outros instrumentos estatais primordiais de proteção ambiental, como a exigência de parâmetros ambientais no funcionamento de instalações e na operação de determinadas atividades, bem como de licenciamento ambiental para empreendimentos que ensejam risco potencial de dano ambiental.

²⁸⁹ Ainda nas palavras de Souza (2006, p. 28), quanto à análise a partir do ciclo das políticas públicas: “Esta tipologia vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado. O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”.

Contudo, a conclusão peremptória sobre a pertinência da relação de subsidiariedade da função derivada quanto a outros instrumentos de políticas públicas apenas seria viável a partir do estudo pormenorizado desses instrumentos sob o viés das políticas públicas – o que escapa dos objetivos deste trabalho.

Terceira, a escolha pelo uso da função derivada deverá decorrer de decisão qualificada, tomada a partir de informações completas e consistentes do cenário existente antes da política pública proposta, e dos impactos esperados após sua execução, e na qual se ponderem as vantagens e desvantagens da alternativa em específico (no caso, a função derivada). Além disso, o ciclo completar-se-á com a avaliação consistente dos resultados, de modo a se analisar se as expectativas foram ou não alcançadas, e quais os impactos gerados pela política – retomando-se a avaliação sobre a adequação da política (ou mesmo sobre a necessidade de sua permanência) e, no caso, da função derivada como instrumento da política. Esse exame perpassaria, de forma bastante simplificada, a ponderação entre custos e benefícios dos instrumentos disponíveis, escolhendo-se, a partir dessa ponderação, a alternativa que seria mais apta a efetivar os fins em específico, com o menor custo possível.²⁹⁰ Há, pois, a necessidade de justificação das escolhas feitas – e refeitas – ao longo do processo de políticas públicas,

²⁹⁰Weimer e Vining (2005, p. 134) assim ponderam: “All benefit-cost processes have a common logic. This logic assumes that decision makers act in the public interest, or should do so, and that they have sufficient information to identify the public interest. So, before selecting some alternative or taking an action, a decision maker estimates all the expected social benefits, measured in a commensurable way, against all the expected social benefits, measured in a commensurable way. He or she then discounts the estimated benefits and costs to the present and compares them to outcomes from some standard alternative or base case”.

fundamentação que igualmente se aplica na escolha da função derivada como instrumento da política pública em específico.²⁹¹

Quarta, a preocupação (e dificuldade) em identificar as questões especificamente relacionadas à função derivada como instrumento, segregando os pontos típicos de políticas públicas. Isso porque questões relacionadas à adequação do fim escolhido, à escolha do instrumento de operacionalização da política pública (inclusive diante do fim), aos mecanismos de acompanhamento e avaliação são, de fato, questões que envolvem a política pública, e não necessariamente a função derivada em si.

Por fim, ainda em relação à função derivada como política pública, pode-se indagar se ela caracterizar-se-ia como política de governo ou como política de Estado.²⁹² A partir dos dados constantes no item 3.6.2, verifica-se a coincidência da intensificação do movimento de função derivada com os governos dos Presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff. Seria, então, a função derivada um instrumento de governo? É cedo para saber se a função derivada mostra-se como

²⁹¹ Schneider e Ingram (1997, p. 132) apontam que a demonstração do racional adotado nas escolhas feitas ao longo do processo de políticas públicas contribui para sua legitimação democrática: "Rationales are important elements of policy design because they serve to legitimate designs and fit them into the value paradigm of the citizenry. (...) Policy proposals have to be explained and justified in value terms acceptable to the public. Policy designers try to explain how policies, in spite of appearances, serve common rather than special interests. Rationales are provided for the extraordinary inequalities that exist in a society presumably offering equal opportunity to all citizens. Rationales are used to justify the agenda, the policy goals, the selection of target populations, and the specific rules and tools that are used".

²⁹² Na diferenciação trazida por Bucci (2002, p. 19): "A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas 'políticas de Estado' –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas 'políticas de governo'.". Já Marques Neto (2005, p. 85-86) assim diferencia esses conceitos: "Políticas de Estado são aquelas definidas, por Lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade. (...) Políticas de governo são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor. Não de estar adstritas, obviamente, às políticas de Estado".

tendência de instrumento de governo ou de Estado, devendo-se acompanhar a evolução de seu uso pelos novos governos. Além disso, seria relevante também analisar a iniciativa das leis de função derivada, isto é, se elas se originam da Presidência da República ou de membro do Congresso. Ainda assim, a intensificação do uso da função derivada certamente demonstra a preferência do governo e do Congresso eleitos nessa época pelo uso das contratações públicas como instrumento de políticas públicas – preferência essa que, cumpre ponderar, não está isolada no contexto internacional.

Em conclusão, veja-se que, em todas as perspectivas da função derivada – como instrumento de fomento, de regulação ou de políticas públicas –, o mecanismo central será sempre a contratação pública. Esta representará a formalização da função derivada como meio para a efetivação de fins públicos e execução de funções administrativas. Assim, quando o Estado compra, ele também atua para viabilizar a execução de fins públicos diversos.

4.4 Fundamentos da função derivada

Constatada a necessidade de intervenção estatal para o alcance de determinado fim público, por que escolher a contratação pública como *locus* para a promoção de fins públicos, no lugar de outros instrumentos? Por que “regular por contrato”, buscando na compra pública o alcance de fins públicos adicionais, que não seriam normalmente alcançados por ela?

Essas perguntas remetem aos fundamentos da função derivada da contratação pública, e identificam as razões pelas quais o Estado-fomentador adentra no papel de Estado-comprador para fomentar (ou, em sentido mais amplo, regular) condutas, misturando funções que antes caminhavam essencialmente (ainda que não totalmente e nem sempre) separadas.

Veja-se que os critérios para a decisão da escolha da contratação pública em si como instrumento de ação estatal não são suficientes para fundamentar a escolha da função derivada. A decisão de contratar estará centrada na função primária – isto é, na necessidade de satisfação de uma necessidade pública (a execução de obra, a prestação de serviço ou a aquisição de bem), imediatamente relacionada à finalidade primária da contratação. A ponderação de que a contratação pública é o melhor instrumento de ação governamental para satisfazer uma necessidade primária não implica automaticamente a vantajosidade do uso da função derivada, que deve ser ponderada em etapa própria, demandando uma decisão por si só.

Os fundamentos do uso da função derivada podem ser identificados tanto a partir da função derivada em si, como pela sua comparação com seu principal contraponto: a edição de regulação geral e abstrata (leis em sentido estrito ou normas infralegais). Destacam-se como fundamentos da escolha da função derivada em si: (i) o potencial de impacto das compras públicas para o setor produtivo nacional; (ii) a responsabilidade do Estado como consumidor e o dever de ação de forma coerente e consistente; e (iii) maior eficiência da ação administrativa. Em comparação com instrumentos regulatórios gerais, destacam-se como fundamentos da função derivada a possibilidade de (i) impacto de universo menor e mais específico de atores privados; (ii) menor intrusão e maior subsidiariedade; (iii) maior eficiência e efetividade; (iv) inexistência de outros instrumentos no rol de competência da autoridade pública contratante; e (v) previsão e aplicação sem prévia submissão a processo legislativo específico.

Tomando-se a função derivada a partir de sua **lógica interna**, seus principais fundamentos podem ser extraídos da descrição contida no item 3.2, que identifica os fatores que propiciaram a percepção do potencial de poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas. Em resumo, tem-se, por um lado, a expansão dos direitos que demandam atuação estatal (direta ou indireta), combinada com a

escassez de recursos públicos e a insuficiência dos meios tradicionais de ação estatal. Por outro lado, tem-se o **potencial de impacto das compras públicas no setor produtivo**: o Estado recorre, cada vez mais, ao setor privado para disponibilizar bens e serviços, e as contratações públicas, pelo tamanho do Estado, representam segmento importante para o setor produtivo privado. Ademais, o setor estatal pode também influenciar a fixação de padrões de conduta para o restante do mercado consumidor. Tendo em vista o fluxo de mercado, as decisões e preferências do consumidor são determinantes para o que deve ser produzido pelo mercado – fenômeno que Harden (1992, p. 2) menciona como “soberania do consumidor” (“*consumer sovereignty*”).²⁹³

Esse potencial passa a ser explorado com recentes mudanças no sistema de contratações públicas, que têm reconfigurado a compreensão da proposta mais vantajosa, especialmente a partir da inclusão de fatores relacionados à justiça social, conforme visto no item 3.3.

Nesse cenário, a função derivada transforma as contratações públicas em instrumento estatal, não apenas para corrigir falhas de mercado (internalizando as externalidades da cadeia produtiva para as contratações públicas), mas também como instrumento de promoção de direitos e regulação (em sentido amplo) de condutas.

Ressalte-se que o tamanho do gasto público mostra um potencial mas, também, uma limitação. A função derivada é, em geral, aplicada para um setor ou tipo de objeto: ela afeta determinados objetos a serem adquiridos pelo poder público, mediante a satisfação de determinadas condicionantes específicas – ou seja, trata-se de parcela do mercado de compras públicas, e não de sua totalidade. Há, também, limitações

²⁹³ Nas palavras do autor: “Distribution of the final product follows demand. The engine of the system is the pursuit of self-interest. The steering is provided by the price mechanism. Social goals – what to produce, how to produce it and how it should be distributed – are not the subject of authoritative decision, but result automatically from the market’s aggregation of individual choices. Since market actors are assumed to operate in a rational, self-interested way, the key variable in the system is provided by the preferences of consumers. In other words, consumers are sovereign”.

quanto à abrangência federativa da previsão das regras de função derivada, conforme será visto no item 5.5.1. Ainda, a função derivada será proporcionalmente mais relevante conforme a relevância das contratações públicas para o setor em específico. Essas limitações tendem a reduzir o “impacto líquido final” da função derivada. A ressalva, é claro, não significa que o poder de compra estatal não seja relevante, sobretudo em determinados setores com significativa participação do Estado como comprador; significa, apenas, que o potencial de impacto das compras públicas deve ser adequadamente considerado, conforme o setor em pauta.

Além do aproveitamento dessa potencialidade do poder de compra estatal, a função derivada também encontra fundamento na **responsabilidade do Estado como consumidor**, devendo ele agir de forma **coerente e consistente**. Se há fins públicos que devem ser efetivados pelo Estado, então ele deve buscá-los em todas as suas atividades e funções, inclusive quando age como consumidor. Trata-se, de certa forma, do outro lado da moeda do poder de compra – ao mesmo tempo em que as compras públicas mostram-se como instrumento à disposição do Estado para efetivação de fins públicos, a busca desses fins públicos também nas contratações públicas apresenta-se como dever do Estado, agindo de forma coerente e consistente.

McCrudden (2007, p. 122 e seguintes) fundamenta o uso da função derivada dos contratos administrativos pela importância de se colocar a justiça social como objetivo a ser buscado em todas as esferas de atuação governamental. Para ele, o fato de haver outros meios para implementação de justiça social não significa que a contratação pública deva ser excluída do rol de ferramentas estatais, sendo que função derivada amplia o rol de instrumentos de efetivação de direitos sociais à disposição do Estado. Davies (2008, p. 260) também destaca como fundamentos da função derivada, para além do aspecto prático de

relevância quantitativa do poder de compra estatal, o aspecto moral de dever de coerência da ação estatal.²⁹⁴

A partir do potencial de impacto das compras estatais e do dever de ação coerente pelo Estado, parece haver, para alguns, até mesmo a obrigatoriedade do uso diversificado da contratação pública pelo Estado enquanto comprador.²⁹⁵

Há, por fim, a característica de **maior eficiência** da atividade administrativa, na medida em que se passa a congregar em uma única causa – uma única contratação pública – a satisfação de finalidades diversas. É claro que, na prática, a função derivada pode não se mostrar

²⁹⁴ De acordo com a autora: "On a pragmatic note, contracts can be a powerful tool to enforce or reinforce government policies. Governments wield considerable spending power and this may act as an effective incentive to persuade firms to comply with governments' policies. On a more principal note, it can be argued that since governments are democratically elected to pursue certain policies, they should continue these policies in their procurement activities. This, if a government is committed to promoting trade unionism, it should apply this policy consistently in its contracting activities by refusing to contract with 'union-busting' firms.". A autora relaciona o dever de coerência à confiança e à credibilidade do Estado perante a sociedade: "Consistency suggests that where the government pursues a particular agenda in some aspects of its activities, it should be encouraged to carry that agenda across all its activities, including procurement. Trust in public administration is likely to be damaged where the government imposes requirements on individuals (for example) to recycle as much waste as possible, whilst at the same time failing to ensure that waste from government departments is sorted appropriately by contractors. (...) Thus, the starting point of the public law framework for linkages should be that consistency in public policy contributes to the government's credibility and should be facilitated." (p. 266). Interessante mencionar que a autora diferencia a existência de um código de conduta padrão ("mainstreaming"), que seria a ação reiterada e constante, e um dever de consistência em relação às ações do Estado como comprador: "The modern concept of 'mainstreaming' takes the idea of consistency further. Under a mainstreaming approach, departments are encouraged actively to review all their policies to determine whether or not they promote certain values, such as equality. Mainstreaming (if it is done properly) requires a considerable investment of time and money, and cannot realistically be pursued for a wide range of policies. Consistency is a more modest goal and simply requires the avoidance of obvious policy clashes" (p. 266).

²⁹⁵ Nesse sentido, Breus (2015, p. 229) assim se posiciona: "Se antes os contratos públicos poderiam (facultativamente) ser compreendidos como instrumentos de indução de comportamentos dos particulares em direção à satisfação de fins horizontais, agora, eles passam obrigatoriamente (incide o dever jurídico) a servir para estes fins. Isso se deve à ampliação da conscientização do poder de compra estatal e da sua repercussão no mercado".

o instrumento mais eficiente para a satisfação do fim derivado – ou, de outro viés, interferir na função primária, causando-lhe ineficiência. Ainda assim, por um viés formal, pode-se apontar a eficiência pelo “uso múltiplo” da contratação pública, isto é, pela diversificação de fins para uma mesma e única causa.

Embora se possa retirar fundamentos plausíveis para a função derivada a partir dessa narrativa, a compreensão mais profunda das razões desse fenômeno demanda ainda seu cotejamento com outros instrumentos que seriam, igualmente, aptos para a satisfação de fins coletivos. A análise pormenorizada da escolha do instrumento deve ser realizada no âmbito da formulação da política pública e, portanto, extrapola os objetivos deste trabalho. De qualquer forma, entendo ser relevante, para melhor compreender as potencialidades (e fragilidades) da função derivada, ponderar a **escolha do uso das contratações públicas frente a instrumentos regulatórios gerais e abstratos** (leis em sentido estrito ou normas infralegais), com destaque para seis principais diferenças.

Primeira, ao incidir apenas no mercado de compras públicas (em vez de todo o setor produtivo), a **função derivada impacta universo menor e mais específico de atores privados**. A norma de incidência geral e abstrata (ainda que voltada para determinado setor) impacta toda uma cadeia produtiva e impõe medidas de adequação a todos que sejam destinatários da norma. Na função derivada, diferentemente, a norma alcançará (e demandará medidas de adequação) apenas aqueles que decidam participar do mercado de compras públicas e contratar com o poder público. Por se tratar de universo mais focado, os impactos da medida tendem a ser mais previsíveis, e eventuais consequências podem ser mais bem controladas e remediadas com uma regra de função derivada do que com uma regra geral.

Segunda, como consequência da vinculação (e oneração) apenas do mercado de compras públicas (em vez de todo o setor produtivo), a função derivada é **menos intrusiva e mais subsidiária**, impactando

menos a liberdade privada em geral, na medida em que atinge apenas o mercado de compras públicas (e, mais especificamente, apenas quem dele queira participar). Há maior subsidiariedade da função derivada, ao menos sob o aspecto formal, em relação a medidas proibitivas, uma vez que sua observância será obrigatória apenas para quem quiser participar do mercado de compras públicas. Assim, por exemplo, a imposição de cláusulas contratuais de medidas de compensação para a indústria nacional, em decorrência da compra de produto ou serviço nacional (chamadas de cláusulas de “*offset*”), tende a ser menos restritiva do que a imposição de medidas de barreiras de acesso do mercado nacional por produtores estrangeiros.²⁹⁶

A maior subsidiariedade da função derivada relaciona-se com sua caracterização como instrumento de fomento estatal que, como visto no item 4.2, está pautado na consensualidade, isto é, na aceitação do fomento pelo agente do fomento, que somente então se vincula aos seus termos.

A maior subsidiariedade estará presente, ainda, pelo viés daqueles que não são favorecidos pela função derivada. Esta, aplicada apenas ao mercado de compras públicas, terá impacto total para o setor produtivo não beneficiado menor do que uma regra geral de preferência. Compare-se, por exemplo, uma regra geral de subsídio para micro e pequena empresas, e uma regra de preferência para micro e pequena empresas em contratação pública. No primeiro caso, todas as micro e pequenas empresas terão direito ao benefício (desde que cumpram eventuais requisitos estabelecidos pela legislação), colocando todas elas em vantagem em relação ao restante do setor produtivo, e trazendo situação de desvantagem para todas as demais empresas. No caso de concessão de preferência no âmbito da contratação pública, essa

²⁹⁶No mesmo sentido, McCrudden (2007, p. 26) cita o exemplo de proteção nacional dos Estados Unidos da América como estímulo à economia, especialmente durante o período de depressão econômica: nesse caso, em vez de medidas diretas para barrar a entrada de produtos estrangeiros, foram previstas preferências nas aquisições governamentais, com o “*buy american movement*”.

mesma situação de vantagem e desvantagem estará presente, porém apenas para o universo de interessados em contratar com o Estado.

Terceira, como consequência de sua maior especificidade, a função derivada pode ser **mais eficiente ou efetiva** para alcançar o objetivo secundário visado do que outros instrumentos regulatórios, tendo em vista variáveis relacionadas à realidade social, à organização do mercado e à própria finalidade a ser perseguida. Pode-se cogitar no exemplo de conteúdo local em contratos de exploração e produção de petróleo e gás, que pode ser um meio mais eficiente ou eficaz de fomentar a indústria nacional petrolífera do que um subsídio geral para o setor, na medida em que a exigência de conteúdo local cria, de forma imediata, uma demanda para a indústria nacional.²⁹⁷

Quarta, a função derivada é instrumento com interessante **força vinculativa (de cumprimento, "enforcement")**, conforme a situação em pauta e as características do ordenamento jurídico. Diferentemente do que ocorre com a norma de comando geral com a previsão de sanção, em que o sujeito vê-se onerado com o cumprimento da regra, na função derivada há, de fato, benefício que decorre diretamente de seu cumprimento: o acesso ao mercado de compras públicas, com as vantagens econômicas que disso decorrem. Ao mesmo tempo em que causa oneração, a função derivada traz incentivo para seu cumprimento. Diante disso, ela pode ser utilizada inclusive como instrumento de reforço ao caráter vinculativo de outras regras gerais. Exemplo nesse sentido é o caso do movimento de direitos civis nos Estados Unidos da América (início da década de 1960) trazido por Dobbin (2009, p. 1), que demonstra que o acesso ao mercado de compras estatais foi utilizado como estímulo para que as empresas adotassem práticas

²⁹⁷ Ressalto que não possuo dados econômicos para comprovar essa afirmação; trata-se, apenas, de hipótese exemplificativa.

de ação afirmativa e antidiscriminatórias nas suas relações internas trabalhistas.²⁹⁸

Quinta, a contratação pública pode ser o **único meio disponível no âmbito das competências da autoridade contratante** para a promoção de determinados direitos ou fins públicos – seja porque inexistente comando geral legal que autorize outros instrumentos, seja porque outros instrumentos mostram-se ineficazes. Por exemplo, a função derivada pode ser o único meio disponível para que a autoridade contratante promova o fim público, sendo que a escolha de outro instrumento regulatório ultrapassaria suas competências legais (ARROWSMITH; KUNZLIK, 2009, p. 117). A promulgação de normas gerais demanda o cumprimento de exigências procedimentais mais rigorosas, tanto no âmbito legislativo (que exige, por óbvio, a observância do trâmite legislativo previsto conforme o órgão legislativo e a matéria envolvida), como no âmbito da administração pública (que, em regra, impõe procedimentos mínimos de publicidade, transparência e participação popular previamente à edição da norma).²⁹⁹

Além disso, Trepte (2007, p. 71) destaca como fundamento da função derivada a possível ineficácia ou a incompatibilidade procedimental de outros instrumentos regulatórios para o alcance de fins diversos. Justamente por isso, aliás, o autor coloca a questão da adequação da função derivada: se outros instrumentos mais diretos de regulação falharam (ou poderiam falhar) na realização de determinado fim

²⁹⁸ Logo no início de seu livro, o autor aponta: "In 1961, John F. Kennedy decreed that companies wanting to do business with the federal government would have to take affirmative action to end discrimination". McCrudden (2007, p. 7) também menciona o movimento de direitos civis como exemplo de uso das contratações públicas como instrumento de efetivação de políticas sociais ("procurement as a regulatory tool for enforcement"), com a colocação de cláusulas que exigiam que os fornecedores do governo não fizessem discriminações entre seus trabalhadores.

²⁹⁹ Nesse sentido, a Lei Federal nº 9.784/1999, que traz regras sobre o procedimento administrativo no âmbito da administração pública federal, possibilita a realização de consulta e audiência prévias à edição de matéria de conteúdo geral (conforme art. 31 e art. 32) – o que tende a ocorrer na edição de diplomas normativos com caráter abstrato.

público, deve-se indagar se sua realização por meio da função derivada – instrumento indireto de “enforcement” – seria inapropriado ou mesmo ineficaz.³⁰⁰

Já Daintith (1979, p. 59) aponta para uma peculiaridade do direito inglês como incentivo para que o Estado escolha regular por contrato, e não por norma geral: a (não) incidência do controle judicial (“*judicial review*”). Na fase contratual, o governo possui “imunidade” de controle judicial, com ampla liberdade para fazer suas determinações, ao passo que, na elaboração normativa, incide o controle judicial. Há, assim, maior incentivo para regulações indiretas por meio contratual.³⁰¹ Embora essa peculiaridade não se reproduza no ordenamento jurídico brasileiro – em função da inafastabilidade do controle judicial –, o exemplo é interessante para mostrar como características específicas de um ordenamento jurídico podem levar ao maior uso da função derivada como instrumento de execução de fins públicos diversos.

Sexta, a função derivada pode dispensar uma **ação específica do Poder Legislativo para ser prevista, utilizada e implementada**. Haverá, decerto, a necessidade de que a ação estatal esteja embasada em política pública que priorize a busca do fim derivado, mas não necessariamente a escolha do instrumento para tal – isto é, o uso da função derivada – necessitará de expressa autorização legal. Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 117) justificam o uso da função derivada, entre outros motivos, pelo

³⁰⁰ Nas palavras do autor: “Whilst this [the inclusion of pro-active policies in procurement] may be due largely to the tensions created by the global market place and the need to balance free access with protection against unfair trade practice, it has also been suggested that pursuit of such policies by way of procurement is a means of compensating for the limited effectiveness of and avoiding the procedural requirements of other regulatory mechanisms. This is possibly at the heart of the compatibility debate. Where direct policies fail, it is submitted that indirect means of enforcement by way of procurement regulation may be inappropriate and certainly extremely difficult, if not impossible, to incorporate into otherwise objective procurement rule without significant modification”.

³⁰¹ Conforme aponta o autor: “In consequence Government enjoys far greater freedom and discretion in the elaboration of contractual schemes of regulation than it could reasonably hope to possess as the operator of a statutory scheme under powers conferred by Parliament”.

fato de que, em geral, ela não precisa de base legislativa primária (no máximo, secundária), ao contrário de outros instrumentos regulatórios (como sanções criminais, por exemplo), sendo a função derivada aplicada quando há dificuldade (normalmente política) na aprovação de um diploma legislativo.³⁰²

O tema do “grau de legalidade” necessário para a utilização da função derivada será abordado no item 5.4, e retomado, a título de conclusão, no item 6.3.1. De qualquer forma, ao se admitir a possibilidade de, ao menos em algumas técnicas e formas, dispensar-se a existência de previsão legal específica, a função derivada pode viabilizar o alcance de fins públicos de forma mais eficiente e veloz. Veja-se, inclusive, que, a depender da forma e do conteúdo da função derivada, ela pode ensejar consequências não apenas para uma contratação pública em específico, mas também para todo o processo produtivo do contratado – equiparando-se, em certa medida, aos efeitos provocados por norma geral (porém restrita àquele que possui a relação de sujeição especial decorrente da contratação).

Além disso, justamente por não passar pelo trâmite legislativo, a função derivada pode ficar menos sujeita a concessões políticas típicas do trâmite legislativo – e, portanto, manter-se mais técnica e eficaz.

Mas, mais do que isso, a função derivada pode ser utilizada não apenas com dispensa de previsão legal específica, mas também quando não há e não é possível obter consenso para a promulgação de previsão legal específica. Veja-se que há, aqui, diferença singela, mas relevante para a questão da legitimidade democrática da função derivada: a possibilidade de o Poder Executivo “passar por cima” do Congresso por meio do uso da função derivada.

³⁰² Os autores trazem o exemplo da busca de maior igualdade, por meio da função derivada: “The decision of the US federal government to implement equality policies through procurement, for example, appears to have been taken because of the difficulty of putting regulatory legislation of general application through Congress” (p. 117).

Sobre o potencial da função derivada em momentos de inviabilidade de adoção de lei específica, menciono exemplo interessante e recente do contexto internacional. Trata-se de caso nos Estados Unidos da América, em que o Presidente Barack Obama impôs, por meio de decreto presidencial, que os contratados da administração federal forneçam auxílio doença para os trabalhadores vinculados ao contrato federal.³⁰³ Enfrentando resistência política do Congresso para aumentar os direitos trabalhistas (no caso, licença remunerada em razão de doença)³⁰⁴, o Presidente utilizou-se do poder de compra do governo federal para promover maior proteção trabalhista.

Esses últimos pontos referentes ao fundamento da função derivada em contraposição aos instrumentos regulatórios gerais (e em relação a leis em sentido estrito) relacionam-se com a discussão a ser feita no item 5.4, sobre qual o instrumento normativo de veiculação da função derivada, tendo em vista o possível déficit democrático que poderia decorrer de seu uso sem expressa previsão legal.

³⁰³ Conforme trecho do decreto: "Executive Order -- Establishing Paid Sick Leave for Federal Contractors (September 07, 2015): By the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, including 40 U.S.C. 121, and in order to promote economy and efficiency in procurement by contracting with sources that allow their employees to earn paid sick leave, it is hereby ordered as follows: Section 1. Policy. This order seeks to increase efficiency and cost savings in the work performed by parties that contract with the Federal Government by ensuring that employees on those contracts can earn up to 7 days or more of paid sick leave annually, including paid leave allowing for family care. Providing access to paid sick leave will improve the health and performance of employees of Federal contractors and bring benefits packages at Federal contractors in line with model employers, ensuring that they remain competitive employers in the search for dedicated and talented employees. These savings and quality improvements will lead to improved economy and efficiency in Government procurement." Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/08/executive-order-establishing-paid-sick-leave-federal-contractors>. Acesso em: 11/08/2015.

³⁰⁴ Cito aqui trecho de notícia do jornal The New York Times (BAKER, 2015) sobre o decreto: "The paid leave order is the latest move by Mr. Obama to use his power over federal contracts to institute changes on a small slice of the labor market when he cannot persuade Congress to enact those measures for the whole country. Among other things, he has signed orders requiring contractors to pay higher minimum wages, banning retaliation against workers who discuss their compensation, providing employees more information about their pay and protecting gay and transgender workers from discrimination".

5

A DIVERSIFICAÇÃO DE FINS E AS TENSÕES GERADAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELA FUNÇÃO DERIVADA

Resumo do capítulo

Caso o sistema de contratações públicas venha a incorporar fins derivados, ele deverá modular como e quando implementar esses objetivos, de modo a harmonizar as tensões que despontam por causa das lógicas eminentemente distintas entre a função primária (racionalidade econômica) e função derivada (racionalidade política) das contratações públicas. Contudo, para harmonizar os potenciais conflitos, é preciso compreender, com maior detalhamento, as tensões e as questões que surgem com a incorporação da função derivada da contratação pública.

Diante disso, o capítulo identifica as principais questões jurídicas que essa prática gera para as contratações públicas, desenhando os contornos desses conflitos, de modo a permitir a posterior proposição de medidas para sua harmonização.

5.1 Introdução

A função derivada da contratação pública acrescenta nova finalidade, adicional ao fim primário e pautada por valores de justiça distributiva. Isso traz novos contornos e tensões no âmbito do procedimento de contratação pública, bem como mudança no conteúdo das regras de contratação.

As normas de contratação pública são, prioritariamente, procedimentais, regulando como o Estado pode ou deve comprar. Assim é que as normas típicas de licitações e contratos administrativos são aquelas que asseguram transparência e isonomia na contratação, estabelecem os parâmetros para a escolha da proposta, e disciplinam o acompanhamento e a fiscalização da execução contratual. Até recentemente, a regulação das contratações públicas não tratava sobre **o que comprar**, mas sim **como comprar**. O ente contratante detinha razoável margem de discricionariedade para decidir as características e os aspectos do que estava comprando – desde que pudesse assegurar justamente a isonomia e ampla competição, bem como a eficiência e economicidade da contratação.

Com a função derivada, há **transição do conteúdo das regras de contratação pública, que passam a não mais regular apenas como comprar, mas também o que comprar**³⁰⁵ e, por vezes, até mesmo de quem comprar. Ao diversificar os fins da contratação, a função derivada pauta os objetivos que ela deverá cumprir, impondo regras também sobre seu conteúdo, isto é, sobre as características do objeto a ser comprado ou de seu fornecedor. Com isso, a regulação incidente sobre as contratações públicas (e, pois, as próprias contratações) torna-se ainda mais intrincada e multifacetada.

Além da diversificação do conteúdo das regras, com a introdução da função derivada **umenta-se a complexidade dos objetivos visados pela contratação pública**. Se, antes, a contratação cumpria uma função

³⁰⁵ Nesse sentido: “Em diversos ordenamentos jurídicos, a legislação regente das compras governamentais estabelece de modo minudente a disciplina jurídica (hard law) do processo e contratação, de modo a disciplinar o “como comprar”. Contudo, ela não define o conteúdo da aquisição, cuja competência fica a cargo do administrador, que detém margem de liberdade (discricionariedade) para decidir “o que comprar”, conforme as necessidades do órgão ou entidade. Além das regras de procedimento, relativas ao “como comprar”, acena-se, na contemporaneidade, à imposição de pressupostos obrigatórios ou à previsão de incentivos para orientar as decisões sobre bens e serviços que serão contratados (o que comprar).” (BREUS, Thiago Lima. A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, nº 51, p. 219-241, jul./set. 2015, p. 234-235).

primária e visava à satisfação de finalidade claramente identificável no objeto da contratação, com a função derivada passa-se a acrescentar finalidades outras, que são indiretamente incorporadas no objeto da contratação – seja na própria definição do objeto, seja a partir de características específicas previstas ao longo do processo de contratação pública, inclusive pela previsão de certas obrigações contratuais.

Essa maior complexidade gera, por si só, desafios para o procedimento de contratação pública, notadamente em relação à verificação da eficácia da contratação, que passa a envolver o alcance não mais apenas da finalidade primária, mas também da função derivada e do fim de política pública a ela incorporados.

A contratação passa a cumprir uma multifuncionalidade, com objetivos diversos congregados na mesma ação governamental (uma só contratação pública), tornando-se mais complexo averiguar a eficácia do procedimento de contratação e de suas funções primária e derivada.

Geram-se também dificuldades relacionadas à boa governança contratual, entendida como o encadeamento de atos necessários para viabilizar a execução contratual, bem como para acompanhar essa execução. Os óbices surgem sobretudo porque, quanto mais finalidades são trazidas para a contratação pública, mais esse processo tende a se burocratizar para lidar com todas as questões dela decorrentes.³⁰⁶ Mencione-se a necessidade de o ente contratante fiscalizar e acompanhar o adequado cumprimento das regras de função derivada, tanto pelos seus potenciais beneficiados, como pelo contratado, garantindo sua eficácia e evitando fraudes e corrupção do longo do processo.

³⁰⁶ Nesse sentido McCrudden (2007, p. 121): “The process of government purchasing is, as Miller has observed, ‘a complex, often tediously detailed operation’. The more policies extraneous to the main purpose of the contract are taken into account, the more the process of awarding the public sector contract will have to become bureaucratized in order to deal with this problem”.

Cria-se, ainda, potencial para maior insegurança e litigiosidade durante a contratação, com a inclusão de critérios que, por trazerem preferências ou restrições, podem gerar contrariedade por parte dos agentes não favorecidos. Lembre-se, aqui, dos casos referentes à margem de preferência nacional, vistos no item 3.8.1, que ensejaram questionamentos no TCU quanto à adequação do procedimento de contratação.³⁰⁷ Outro exemplo de dificuldade de compreensão e insegurança jurídica seria a forma de aplicação de diferentes preferências – como, por exemplo, o caso da contratação de bens de informática, na qual podem ser aplicadas as preferências estabelecidas pela Lei nº 8.248/1991 (em razão da especificidade do objeto), Lei nº 8.666/1993 (em razão da origem do produto) e Lei Complementar nº 123/2006 (em razão de característica do fornecedor).

Além disso, **as finalidades visadas pela função primária e função derivada da contratação pública são pautadas por valores distintos, que podem até mesmo se contrapor.** A introdução da função derivada, pautada em lógica diferente da função primária, intensifica as tensões entre os valores perseguidos pela contratação pública.

Essa tensão decorre essencialmente do fato de que, na função primária das contratações públicas, há prevalência da **racionalidade econômica** de eficiência alocativa, enquanto na função derivada há prevalência da **racionalidade política** (inclusão de finalidade secundária para efetivação de fim social). As preocupações não convergentes em um e outro caso não apenas complexificam a contratação pública, mas também geram tensão entre as finalidades (função primária e função derivada) a serem por ela perseguidas.

³⁰⁷ Criticando o aumento das dificuldades do processo de contratação ensejadas pela margem de preferência nacional, Braga e Rosilho (2016) apontam o seguinte: “Mas não é só a burocracia que aumenta. A incerteza também cresce. Em licitações com margens de preferência, o número de regras a serem seguidas é maior, o que abre espaço para dúvidas e interpretações diversas por parte de licitantes, entes públicos compradores e órgãos de controle. Esse fato estimula a litigância entre os licitantes e aumenta o risco de a licitação ser paralisada por recursos administrativos ou até mesmo ser anulada por órgãos de controle”.

Dito de outra forma, há preocupações diferentes quando o Estado age exclusivamente na função de comprador – cumprindo a função primária (e original) da contratação – e quando o Estado atua como regulador – assumindo função derivada (adicional e secundária) na contratação pública. Na função de comprador, busca-se essencialmente a eficiência alocativa de recursos, a partir do cenário de escassez de recursos diante de necessidades potencialmente ilimitadas. Contudo, quando o Estado pretende, adicionalmente, regular o mercado ou a sociedade por meio de seu poder de compra, ele acrescenta nova lógica ao procedimento de contratação, podendo alterar a eficiência alocativa, a partir de escolhas pautadas em outros valores (tais como isonomia material e justiça social), cujos impactos nem sempre são economicamente mensuráveis. Se, por um lado, a decisão quanto à promoção do fim social em si é tipicamente política, por outro, a partir da definição de que esse fim será executado por meio do poder de compra estatal, essa decisão política passa a ter relevância para o sistema de regulação das contratações públicas.

Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 21) destacam as preocupações diferentes existentes entre Estado-comprador e Estado-regulador ("*government as a purchaser*" e "*government as a regulator*"). Para eles, na primeira função incluem-se todos os tipos de decisões que um comprador pode tomar no âmbito de sua capacidade para decidir sobre o que irá comprar – encaixando as demais decisões no âmbito da função reguladora de condutas.

Para McCrudden (2007, p. 12), a abordagem da junção de funções estatais (compra e regulação) em um único instrumento (a contratação pública) deve considerar quatro perspectivas diversas: (i) como o fim social visado impacta o tipo de instrumento a ser adotado para sua implementação (no caso, a contratação pública) e, especificamente, se o tipo de fim social visado é relevante na análise da adequação da função derivada; (ii) a busca de equilíbrio entre os objetivos social e econômico das contratações; (iii) a adaptação da contratação pública à

globalização; e (iv) a identificação do papel do Direito na perseguição de novos instrumentos para a implementação de fins sociais.

A função derivada pode provocar, pois, **além da complexificação do procedimento de contratação** (previsto e moldado para acomodar a lógica econômica inerente a sua função primária), uma **tensão entre as racionalidades econômica e política**, vez que seus objetivos podem, além de não convergir, até mesmo conflitar um com o outro.

Há dois principais blocos de tensão gerados pela função derivada: (i) **eficiência e economicidade**, pautadas na relação de preço e qualidade que satisfaça suficientemente a necessidade pública, pelo menor custo possível; e (ii) **isonomia** (e, por conseguinte, **ampla concorrência e competição**), que permite a imposição apenas dos requisitos mínimos necessários para a contratação, buscando, assim, maior participação de possíveis interessados. A função derivada, ao introduzir nova finalidade a ser perseguida pela contratação, enseja a reconfiguração da relação de eficiência alocativa (e, pois, do que deve ser considerado como a proposta mais vantajosa), bem como introduz fatores que, embora não sejam essenciais para a satisfação da função primária da contratação (apenas para sua função derivada), acabam por ensejar diferenciação entre potenciais interessados.

Além disso, a função derivada traz questões jurídicas para o procedimento de contratação pública sobre: (i) como preservar a legitimidade democrática da função derivada, a partir da definição de a quem cabe, institucionalmente, decidir sobre sua aplicação, tendo em vista a decisão política de alocação de recursos que lhe é inerente; (ii) as múltiplas esferas federativas e institucionais de regulamentação e implementação da função derivada, e as dificuldades geradas para sua transparência e segurança jurídica; (iii) a possibilidade de extraterritorialidade (nacional e internacional) dos efeitos da função derivada; (iv) o potencial conflito que as preferências trazidas pela função derivada pode gerar diante das regras de comércio internacional;

e (v) a dificuldade na avaliação da eficácia e da efetividade de uma contratação com fins diversificados.

A existência de tensões entre função primária e função derivada não significa que suas lógicas sejam necessariamente incompatíveis. Aliás, é difícil até mesmo estabelecer as tensões geradas, porque os benefícios da função derivada podem variar conforme a perspectiva adotada. Por exemplo, enquanto o "linkage" da licitação com o uso de trabalho de detentos pode ser hoje visto como ferramenta importante para promover a inclusão social desse grupo, no passado muitos países proibiram a compra de produtos produzidos em prisões, por considerarem competição desleal.³⁰⁸

Além disso, nem sempre as escolhas políticas relacionadas à função derivada irão alterar a eficiência alocativa inerente à função primária da contratação. Pelo contrário: a introdução da função derivada poderá ensejar, reflexa ou diretamente, a melhor eficiência da contratação. Mas esses objetivos podem (e muitas vezes irão) divergir, uma vez que a decisão de justiça distributiva pode interferir ou impedir a melhor eficiência alocativa ou a ampla competição. Haverá, assim, decisões distributivas que não serão eficientes do ponto de vista da eficiência alocativa, ou que restringirão a participação na contratação – ensejando, portanto, tensão entre função primária e função derivada.

Apesar desses conflitos gerados pela incorporação da função derivada à contratação pública, entendo não haver óbice jurídico *a priori* que obste seu uso. Conforme apontado por Trepte (2004, p. 135-136), compete a cada sistema de contratação definir seus próprios objetivos e valores, podendo a contratação incorporar objetivos econômicos e

³⁰⁸ Sobre o veto de alguns países às compras que utilizassem mão de obra de detentos, ver McCrudden (2007, p. 28).

sociais.³⁰⁹ A escolha entre os objetivos consiste, contudo, em decisão política que pressupõe o *“trade-off”* dos valores que serão visados pela contratação. Sejam objetivos puramente econômicos, sejam objetivos sociais, seja a mescla entre ambos: **sempre haverá uma decisão política a ser tomada, típica de alocação de recursos públicos**. Disso decorre que, mesmo havendo conflitos e tensões, não é possível afirmar, a priori, que seu uso é juridicamente inválido ou ilegítimo.

Diante disso, caso o sistema de contratações públicas venha a incorporar fins derivados, ele deverá modular como e quando implementar esses objetivos, de modo a harmonizar as tensões que despontam por causa das lógicas eminentemente distintas dessas finalidades. Do contrário, essas tensões poderão frustrar a satisfação integral de uma ou de ambas as funções da contratação, ensejando uma ação governamental ineficaz.

Contudo, para harmonizar os potenciais conflitos, é preciso compreender, com maior detalhamento, as tensões e as questões que surgem com a incorporação da função derivada da contratação pública. Assim, a partir da caracterização do movimento de diversificação dos fins da contratação pública, neste capítulo busco desenhar os contornos desses conflitos e os fatores que interferem no seu sopesamento, permitindo a posterior proposição de medidas

³⁰⁹ No original: “To the extent that interventionist policies seek to fulfil policy objectives which are not based on a purely economic justification, they will be derogating from such economic objectives by redefining the allocative efficiency which would otherwise be secured by market forces. This is not a qualitative statement in the sense that it seeks to identify which of the objectives is best. It is merely a statement which recognises the inherent conflict between economic and other objectives. Where secondary policies are in conflict with the economic objectives or where they fail to achieve Pareto efficiency (ie where they fail to make some people better off whilst guaranteeing that nobody is worse off), there will be a knock-on effect in terms of economic efficiency which leads to increased ‘efficiency costs’. This presents the regulator with a choice: either to pursue the economic objectives or, in addition, pursue secondary policies whilst recognising that the pursuit of such secondary policies will often be at the cost of a loss of economic efficiency. It is not our purpose to pass judgement on a choice depends entirely on the prevailing ideology. It is essentially a choice between efficiency and equity, the one economic, the other political. All countries are free to make such a choice (and to waste resources) and their procurement regulation will reflect those choices”.

para sua harmonização. Não me preocupo, aqui, em trazer propostas para solucionar as tensões analisadas – tarefa a que me dedicarei no capítulo final deste trabalho.

Há quatro principais “blocos” de tensões geradas pela função derivada. Há, inicialmente, a tensão com os valores tradicionais da função primária das contratações públicas: *(i) isonomia, competição e concorrência* (item 5.1); e *(ii) eficiência e economicidade* com a discussão quanto aos novos parâmetros (e seus limites) para reconfiguração da “melhor proposta” (item 5.2). A função derivada também gera questionamentos relacionados a sua *(iii) legitimidade democrática*, tendo em vista a decisão política de alocação de recursos que lhe é inerente – e, a partir dela, a discussão quanto ao grau de legalidade a ser atendido pelo legislador e gestor público (item 5.3). Por fim, a função derivada gera *(iv)* questões acessórias ao longo do processo de contratação (item 5.4), que trazem tensões com os valores da **transparência, segurança jurídica e legitimidade democrática**, tais como a existência de **múltiplas esferas de sua regulamentação**, a possibilidade de **extraterritorialidade de seus efeitos**, os problemas diante da **globalização do comércio** (e das compras públicas), e as dificuldades para assegurar e atestar a **eficácia da contratação pública** tanto em sua função primária, como em sua função derivada. Passo, nos itens deste capítulo, a detalhar cada um desses conflitos. Evito a análise propositiva neste momento do trabalho, tarefa a qual me dedicarei no próximo tópico.

Antes, contudo, ressalvo que reconheço que muitos desses conflitos não são gerados, exclusivamente, por conta da função derivada, já podendo ser constatados na função primária das contratações públicas. Os conflitos relacionados à eficiência e isonomia são exemplos reconhecidamente presentes nas contratações em sua função primária, como narrei no item 2.4: já na redação original da Lei nº 8.666/1993, podemos constatar exemplos em que a decisão de privilegiar isonomia ou competição contrasta com a eficiência. Contudo, ainda que já presentes na função primária, a diversificação dos fins das contratações

públicas irá, certamente, pontencializar os conflitos já existentes, bem como criar novos tipos de tensões.

5.2 Isonomia, competição e concorrência

O mercado de compras públicas pode ser de acesso complicado, particularmente para determinados grupos e setores incapazes de competir em condições de igualdade com outros atores. Dificuldades técnicas, econômicas e jurídicas (como o acesso a crédito e inovação) podem limitar a competição igualitária de determinados grupos em relação a outras empresas no mercado de compras públicas.

Se é certo que vantagens e desvantagens competitivas são inerentes ao mercado, eventuais desigualdades podem ser potencializadas em razão das características intrínsecas das contratações públicas, como a burocracia estatal, o valor dos contratos, e atrasos nos pagamentos. Ademais, condições inerentes ao processo produtivo de determinado grupo (seja em razão de condições subjetivas do grupo em questão, seja por conta de condições específicas relacionadas ao objeto a ser fornecido) podem dificultar sua competição com outros atores do mercado que não enfrentam as mesmas barreiras e que, portanto, são capazes não apenas de participar da contratação, mas de ofertar propostas com preços menores ou com produtos de maior qualidade.

Nesse contexto, o uso da função derivada pode impactar as balizas tanto da determinação do objeto e das obrigações contratuais, como das exigências que podem ser demandadas dos interessados em contratar com o poder público. Ao fazê-lo, ela pode viabilizar maior isonomia material, assegurando a participação no mercado de contratações públicas de grupos que normalmente não participariam por questões técnicas ou econômicas. Com o uso de preferências na definição do objeto ou no procedimento de contratação, ou por exigências contratuais mais flexibilizadas ou mais rígidas (a depender

de seu desenho específico), busca-se neutralizar essas desigualdades competitivas detidas por determinados grupos, promovendo real competição entre todos os interessados em contratar com o Estado.

A função derivada pode, portanto, ser utilizada como instrumento de promoção do desenvolvimento socioeconômico de grupos em situação de hipossuficiência: com o uso de preferências no acesso ao mercado de compras públicas, visa-se a neutralizar uma desvantagem competitiva e, com isso, aumentar os negócios e a produção desses grupos, melhorando suas condições socioeconômicas. Pode-se conferir tratamento desigual (preferências) aos desiguais (grupos ou setores com alguma desvantagem competitiva), tanto para garantir seu acesso efetivo ao mercado das contratações públicas, como para, por meio delas, diminuir as diferenças materiais, servindo as contratações públicas como instrumento de desenvolvimento social.

Além de neutralizar desvantagens competitivas já existentes, a função derivada pode buscar fomentar determinados grupos ou atividades relevantes para a sociedade. Nesses casos, a desvantagem competitiva pode não existir (ou ser irrelevante); o foco, aqui, não é neutralizar uma diferença pré-existente, mas sim diferenciar como forma de promover e fomentar esses grupos e atividades.

A função derivada pode ainda aumentar a competitividade no âmbito da contratação pública: com a inclusão de grupos que originalmente não participariam desse processo, espera-se aumentar o número de interessados capazes de concorrer pela contratação pública e, por sua vez, o universo de propostas a serem escolhidas pelo ente contratante.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que pode servir para o fomento de determinados grupos ou setores, a função derivada cria situação que, na perspectiva dos grupos e setores não beneficiados por ela, pode infringir a isonomia e restringir a competitividade e a concorrência.

Conforme abordado no Capítulo 2, **isonomia, competição e ampla concorrência** são valores da ordem jurídica brasileira e, especialmente, do mercado de compras públicas. Ao mesmo tempo, sabe-se que a ordem econômica é moldada por diversos outros fins sociais (como os elencados no art. 170 da Constituição Federal, bem como ao longo dela). Assim, a ação estatal deverá ser definida de maneira a modular e a harmonizar esses valores, cabendo às políticas públicas o planejamento para sua promoção.

Em relação à **isonomia**, a desequiparação gera ônus para grupos ou setores não privilegiados.

É certo que qualquer política pública pressupõe a diferenciação de um grupo específico (objeto da política) que demanda proteção especial por parte da ordem pública, justamente por apresentar alguma característica que o torna materialmente desigual. Toda política pública (mesmo aquela que implica a inação) alcança grupos diferentes, de forma desigual, sendo que nenhuma ação governamental será plenamente isonômica, e uma mesma ação impacta diferentemente setores com características diversas. Nessa perspectiva, aliás, tendo em vista desequiparações materiais existentes entre os agentes interessados possivelmente em contratar com o Estado, a decisão de não diferenciar já não será isonômica.

Ocorre que a isonomia deve ser interpretada conforme a instituição na qual ela é debatida – no caso, o sistema de contratações públicas. Não estou olhando, portanto, para a busca da isonomia material, que justifica os fins derivados, mas sim para as contratações públicas. Ainda que eventuais preferências certamente possam ser justificadas no âmbito de uma política pública diante da isonomia material, como elas se justificam, a partir desse mesmo valor, em uma contratação pública?

Assim, para além da questão sobre como a preferência é decidida (isto é, quem ganha – e quem perde ou deixa de ganhar – com determinada

escolha), típica de política pública,³¹⁰ o ponto é saber se a contratação comporta (e até que ponto) essas diferenciações. Não se nega a necessidade de o Direito fornecer fundamentos e instrumentos para o fomento de grupos ou atividades relevantes para a sociedade, mas se **questiona se, e, em caso positivo, o quanto, as contratações públicas comportam essas diferenciações para o atendimento da função derivada.**

A isonomia, no âmbito da contratação pública, deve ser interpretada a partir do comando constitucional específico, qual seja, o art. 37, inciso XXI, que impõe não apenas a **“igualdade de condições a todos os concorrentes”**, mas também apenas as exigências técnicas e econômicas **“indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”**. Ou seja, a isonomia, no âmbito das contratações públicas, relaciona-se com a **fixação apenas dos requisitos mínimos necessários e com a garantia de condições igualitárias a todos os interessados.**

Ocorre que a função derivada acaba por gerar desequiparação entre interessados em contratar com o poder público que não se justifica somente pela finalidade primária da contratação. Tendo em vista a própria definição de função derivada, a restrição, obrigação ou preferência por ela trazida não é essencial e nem originária ao objeto da contratação, podendo, ainda assim, diferenciar ou até mesmo excluir determinados grupos ou setores da própria contratação. Implementada por meio de diferenciações (seja uma preferência, seja uma restrição ou obrigação), ao mesmo tempo em que a função derivada traz a possibilidade de efetiva inclusão de um grupo, ela também implica a desvantagem competitiva para os demais, a qual pode significar até mesmo a exclusão de participação daqueles que não se enquadram na norma (no caso dos *“set-asides”*, por exemplo).

³¹⁰ Ressalte-se que a seleção dos grupos e dos setores que receberão a proteção a ser conferida pela função derivada é questão relacionada ao desenho de políticas públicas, mas que pode impactar a legitimidade da função derivada, na medida em que a delimitação escolhida pode não ser justificável.

A adicionalidade da função derivada parece, assim, contrastar com o art. 37, XXI, CF, que prescreve a isonomia (e a competição e concorrência) como valor e norma constitucional própria das contratações públicas. A legitimidade jurídica da diferenciação é bastante sensível, na medida em que os grupos ou setores não beneficiados não estão cometendo nenhuma ilegalidade, mas ainda assim sofrerão redução das chances de sua contratação com o Estado ou mesmo exclusão da possibilidade de participar do processo de contratação.

Além disso, questões relacionadas à isonomia serão particularmente relevantes quando a decisão pelo uso da função derivada estiver alocada à discricionariedade administrativa – isto é, quando inexistir um dispositivo legal que expressamente imponha o uso da função derivada.³¹¹ Nesse caso, ao utilizar a função derivada, o ente público contratante imporá um fator de *discrímén* que, embora seja feito com fundamento em algum dispositivo legal genérico, não encontra expressa determinação legal.

A função derivada pode ainda reduzir, em maior ou menor grau, a **competição pela contratação**.

Por um lado, a função derivada objetiva impactar o mercado produtivo, incentivando-o a adotar determinadas práticas. Contudo, a resposta do mercado pode demorar, na medida em que as empresas podem levar algum tempo para adequar seu processo produtivo às práticas incentivadas pela função derivada. Com isso, principalmente em um período inicial, a função derivada pode gerar exclusão de determinadas empresas da competição pela contratação pública.

Espera-se que a inclusão da função derivada, na fase interna do processo de contratação, seja precedida de estudos econômicos que analisem os impactos da exigência ou preferência adicional no âmbito

³¹¹ O item 5.4 trata sobre a quem, institucionalmente, compete decidir sobre “trade-offs” envolvidos na função derivada.

da contratação em específico. Ainda assim, no início do procedimento de contratação, não se sabe com precisão como o mercado irá reagir às exigências derivadas. O ordenamento jurídico brasileiro restringe ao máximo as interações entre público e privado nas contratações públicas, em suas fases interna e externa,³¹² o que torna difícil estimar a capacidade de efetivação das regras de função derivada (e em quais condições técnicas e econômicas) pelos potenciais interessados antes da abertura das propostas apresentadas. Diante disso, há risco de que as obrigações e preferências derivadas tornem a contratação excessivamente onerosa para potenciais interessados, restringindo o universo de propostas a serem ofertadas.

A função derivada gera, portanto, impactos sobre a competitividade analisada pelo viés da própria contratação, isto é, sobre o número de concorrentes que podem disputar a contratação.

Mas as práticas de função derivada também podem e devem ser analisadas sob um viés mais amplo, de **concorrência no mercado produtivo, nacional e internacional**, tendo em vista o relevante papel das contratações públicas no desenho do mercado.

As compras públicas, aliás, passaram a ser discutidas à luz do direito de concorrência, inclusive com foco na preparação dos editais e contratos, justamente pelo relevante papel do poder público no desenho do mercado, a partir de seu poder de consumidor – sem mencionar suas competências como regulador da economia.

Tal como ocorre na sua justificação em relação à isonomia e à competitividade na contratação, a função derivada também pode ser analisada sob a perspectiva da concorrência, tendo em vista a melhoria das condições de competição desses grupos no mercado como

³¹² Ressalto que, mais recentemente, houve a incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro, de mecanismos que permitem maior participação de interessados no processo de contratação (tais como audiências e consultas públicas, ou apresentação de estudos por particulares), mas limitados à fase de concepção do projeto.

um todo, em médio e longo prazos. Com medidas de promoção de determinados grupos específicos, espera-se que, com o tempo, esses grupos desenvolvam-se e estejam aptos a concorrer em condições (econômicas e técnicas) de igualdade com outros atores.

Contudo, ao inserir preferências ou restrições, a função derivada pode causar distorções não justificáveis no mercado nacional e internacional, na medida em que criam vantagem competitiva artificial (isto é, não decorrente do próprio processo produtivo) para o grupo beneficiado. Elencando críticas à função derivada (sem, contudo, necessariamente concordar com elas), McCrudden (2007, p. 118) aponta a injustiça de se impor os ônus da função derivada (que correspondem aos custos da promoção de direitos sociais) apenas para o grupo que contrata com o governo – gerando desigualdade na competição com empresas que não dependem das contratações públicas.

A distorção concorrencial pode ser vista por quatro perspectivas diferentes (MARQUES NETO; ZAGO, 2014, p. 478-479): (i) **mercado nacional intrasetorial**, com diferenciações entre grupos que atuam em um mesmo setor ou cadeia produtiva (por exemplo, micro e pequenas empresas nacionais fabricantes de uniformes, e demais empresas nacionais fabricantes de uniformes); (ii) **mercado nacional intersetorial**, com diferenciações entre empresas que competem no mercado, podendo gerar distorções na economia como um todo; (iii) **mercado internacional**, na **exportação** de produtos brasileiros que competirão no mercado receptor; e (iv) **mercado internacional**, na **importação** de produtos estrangeiros que competirão no mercado nacional.

A função derivada enseja, portanto, tensões com os valores tradicionais das contratações públicas: isonomia, competição e concorrência. Independentemente da validade e da justificativa do fim derivado visado, a diferenciação – na forma de preferência, restrição ou obrigação – criada pela função derivada tensiona esses valores, tais como colocados no âmbito das contratações públicas.

Dito de outra forma, ainda que o fim derivado visado possa ser justificado, no âmbito de uma política pública específica, pelos aspectos da isonomia, ampla competição e concorrência – servindo, inclusive, para promover esses valores –, sua colocação de forma indireta na contratação pública, como um fim derivado, pode conflitar com esses mesmos valores e ser considerado injustificado neste contexto.

Isso porque, conforme visto, esses valores são moldados de forma diferente, a depender do contexto no qual se inserem: se no âmbito de uma política pública, ou no âmbito de uma contratação pública. No primeiro caso, diferenças e preferências podem ser justificadas como forma de promover a isonomia material. Já nas contratações públicas, as distinções, quando não estritamente necessárias para a satisfação de seu objeto primário, geram conflitos com a isonomia no processo de contratação, a ampla competição e a economicidade.

Diante disso, há preocupação com a potencialidade de a função derivada ser utilizada como instrumento de reserva de mercado, sobretudo a depender da técnica por meio da qual é incorporada, com afronta à isonomia, ampla competição e concorrência, tais como moldadas para a contratação pública.

O mercado ao qual se refere o objeto da contratação influencia essas tensões, tornando-as mais ou menos intensas. Como o setor em questão organiza-se e se desenvolve, ou ainda qual a representatividade da demanda pública, são fatores que podem interferir no grau de conflituosidade gerado pela função derivada. A função derivada, ainda que sem direcionamento direto, pode acabar por impactar as empresas de forma desigual, a depender da estruturação do mercado. Exemplo interessante, embora bastante específico, é trazido por Trepte (2007, p. 27), quanto às preferências às pequenas empresas: formalmente, essas medidas podem não fazer distinções entre nacionais e estrangeiras; entretanto, dificuldades naturais enfrentadas por pequenas

empresas tornam bastante improvável que elas disputem negócios internacionalmente, sendo que preferências a pequenas empresas tendem a abarcar apenas as empresas nacionais, não as internacionais.³¹³

Por sua vez, olhando para a própria função derivada, o principal fator determinante da intensidade das tensões com os valores de isonomia, competição e concorrência é o **universo daqueles não beneficiados pela função derivada, mais precisamente seu tamanho e os impactos gerados para esse grupo**. Nessa perspectiva, o grau de tensão variará conforme: (i) a **abrangência da regra** (se específica para determinado tipo de objeto, ou geral para qualquer contratação pública); (ii) a **técnica utilizada**; e (iii) o **objeto da regra** (se grupo ou atividade).

A **abrangência da regra** determina diretamente o tamanho do grupo impactado pela função derivada.

Quanto mais específico for o objeto a ser contratado sobre o qual incide a função derivada, mais contido será seu impacto no setor produtivo como um todo, na medida em que afetará apenas aqueles que produzirem o objeto em específico. Os beneficiados serão apenas aqueles que, dentro do setor em específico, satisfizerem às condições impostas pelas regras de função derivada. Por sua vez, se a regra for aplicável para qualquer contratação pública (independentemente de seu objeto), então o universo de não favorecidos será maior (sendo irrelevante, para os fins aqui estudados, que o número absoluto de beneficiados também tenda a ser maior).

Essa mesma tendência de impacto é observada quanto à competição e concorrência: quanto mais específica for a regra, menor tende a ser seu

³¹³ Nas palavras do autor: "Legislation which seeks to promote access of small business to procurement markets, for example, may, as a matter of practice, benefit local firms rather more than foreign firms. This would not be the result of any legal obstacle to such access, merely a practical one based on the inherent difficulties faced by small business anywhere, especially those seeking access to foreign markets: distance, regulatory practices, administrative obligations, language, currencies, etc."

impacto no universo em disputa de competidores (para mais ou para menos) e na concorrência como um todo.

A **técnica utilizada** para operacionalizar a função derivada também interfere no grau das tensões geradas com a isonomia, competição e concorrência nas contratações públicas.

Há, aqui, dois tipos de técnicas que podem ser contrapostas: a regra que gera exclusão direta de participação de grupo ou grupos (como no caso de contratações exclusivas para determinado grupo), e a regra que gera preferência ou obrigação adicional sem, contudo, ensejar exclusão da participação. No caso da regra que tem por efeito a exclusão, a tensão com a isonomia e a ampla competição será intensa, na medida em que impossibilitará, de forma absoluta, o acesso ao mercado de compras públicas pelos grupos excluídos, que não foram alcançados pela regra de diferenciação.

Relacionando a abrangência da regra com a técnica utilizada, note-se que, caso a regra que provoca exclusão seja aplicada para um objeto geral (isto é, para toda e qualquer contratação pública), a tensão será ainda maior. É o caso do dever legal de a administração pública realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de micro e pequenas empresas, em caso de contratação abaixo de determinado valor (conforme art. 48, I, Lei Complementar nº 123/2006). Ainda que nesse caso haja o limitador de valor, a regra de preferência pode ser aplicada para qualquer tipo de objeto, alcançando, pois, potencial de exclusão bastante amplo. Diferente é o caso da autorização para a contratação exclusiva de produtos brasileiros na compra de sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos (conforme art. 3º, § 12, Lei nº 8.666/1993), regra que ocasiona exclusão em mercado que envolve um tipo bastante específico de objeto contratual.

Pode-se dizer, assim, que o grau de conflito da função derivada com os valores da isonomia, competição e concorrência tende a aumentar

quanto mais geral for a abrangência e mais excludente for a técnica de função derivada. O ápice da tensão ocorre com a regra excludente e de abrangência geral, enquanto a menor tensão ocorre com a regra não excludente e de abrangência específica. A Tabela 15, a seguir, dimensiona a tendência de conflito com isonomia e competição, conforme a abrangência e o tipo de técnica da função derivada.

Tabela 15 – Grau de tensão, conforme objeto e técnica da função derivada

	Regra excludente	Regra não excludente
Abrangência geral	Alta tensão	Média tensão
Abrangência específica	Média tensão	Baixa tensão

Fonte: elaboração própria.

Além disso, conforme apontei no item 4.2.3, o momento da contratação em que a função derivada é operacionalizada também influencia o grau dos conflitos gerados com os valores da isonomia, competição e concorrência: quanto mais avançado no processo de contratação a função derivada for prevista, menor tende a ser seu caráter restritivo em relação aos não beneficiados – e, portanto, menor sua tensão com esses valores.

É importante, ainda, avaliar como as **técnicas específicas de função derivada** tensionam com a isonomia e impactam a competição e a concorrência de forma diferenciada.

Início pela dispensa de licitação, a técnica de função derivada mais amplamente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. A possível explicação para seu uso tão intensivo é o menor potencial de questionamento jurídico em relação à isonomia e à eficiência. A escolha da contratação por dispensa de licitação faz parte da esfera de discricionariedade administrativa, a partir de hipótese trazida pelo legislador como suficientemente relevante para excluir o procedimento licitatório e eliminar (ainda que não completamente) a etapa da competição pelo contrato. Tendo em vista que a maior parte das

contestações que surgem ao longo do procedimento de contratação é feita por interessados na contratação, o uso da dispensa como forma de operacionalização de função derivada pode gerar menor potencial de contestação do que outras técnicas de operacionalização da função derivada – como a inclusão de preferências específicas para o julgamento da proposta, por exemplo –, uma vez que restringe os potenciais contratados (apenas aqueles que se enquadrem na regra de dispensa podem ser cogitados para a contratação). Pereira Junior e Dotti (2009, p. 34), por sua vez, apontam o potencial do decréscimo de custos e tempo que hipóteses de dispensa ensejam, sendo mais eficiente no sentido de promover políticas públicas específicas.³¹⁴

Isso, contudo, não afasta o potencial de conflito com a isonomia e a competição. Ao excluir completamente da competição os grupos que não se enquadram na regra de função derivada, cria-se uma desequilíbrio absoluta, que obsta por completo o acesso ao mercado de contratações públicas. Com isso, gera-se também impacto significativo para a competição, com a redução substantiva do universo de potenciais contratados. Dessa forma, em relação aos conflitos com isonomia e competição, a técnica de dispensa assemelha-se à técnica da contratação exclusiva, gerando ambas um conflito intenso com esses valores.

Observe-se ainda que, na dispensa, a preferência concedida no acesso ao mercado das contratações públicas é bastante individualizada, voltada para grupos específicos ou mesmo para entes específicos, reforçando o caráter pessoal da dispensa. As regras de função derivada com essa técnica incidem majoritariamente sobre grupos (52%), seguida por misto (32%) – dados que caminham no sentido de ressaltar o caráter pessoal da dispensa e, pois, da regra de função de derivada

³¹⁴Nas palavras dos autores: “O tempo e o custo administrativo da contratação direta experimentam considerável decréscimo, o que a torna mais ágil, sem prescindir da segurança jurídica que deve cercar todo contrato administrativo. Daí esses contratos habilitarem a Administração Pública a intervir com maior presteza nos respectivos objetos, que podem ser esgrimidos, assim, como instrumentos de estímulo e fomento à implantação de políticas específicas.”

que adota essa técnica. Sundfeld e Rosilho (2014, p. 58), discorrendo sobre os interesses específicos, de grupos organizados, que envolvem a aprovação de políticas públicas, mencionam justamente os exemplos de dispensa de licitação que foram sendo adicionados na Lei nº 8.666/1993 ao longo de sua vigência.³¹⁵ E, de fato, a pesquisa legislativa realizada no Capítulo 3 demonstrou a existência de regras bastante específicas, principalmente em relação às hipóteses de dispensa. Por sua vez, regras de função derivada efetivamente individualizadas – tais como o exemplo dos produtos da marca Trevo, originários da Liga de Proteção aos Cegos no Brasil, mencionado no início do item 3.6 – tensionam diretamente com a isonomia e ampla competição. Embora esse fato, por si só, não seja suficiente para infringir direta e totalmente a isonomia e competição (posto haver – ou dever haver – a busca pela promoção de direitos que justifica a diferenciação), ele demonstra que, na dispensa, deve-se tomar cautela para que haja justificativa suficiente para a preferência individualizada concedida para o grupo em questão.

A técnica de seleção da proposta, por sua vez, coloca um diferencial para a escolha da melhor proposta que não está originalmente relacionado com o objeto primário da contratação, mas que ainda assim influenciará a escolha. Embora não haja exclusão de grupos e nem, portanto, redução da competição, haverá distorção no resultado da licitação em favor dos agentes beneficiados pela função derivada. Há, portanto, alguma tensão com isonomia e competição na técnica de seleção da proposta, mas essa tensão será baixa.

Já a técnica de habilitação representa, normalmente, a facilitação da documentação necessária para a habilitação dos interessados em contratar com o ente público. Nesse caso, a questão quanto à isonomia relaciona-se com o fundamento da decisão de desburocratizar o

³¹⁵ Assim concluem os autores: “A observação destes novos casos de contratação direta revela uma peculiaridade interessante: eles tratam de situações muito específicas e beneficiam entes igualmente muito específicos. Ou seja: as novas hipóteses de dispensa da lei, em boa medida, têm destinatário certo; têm dono”.

procedimento de contratação apenas para determinado grupo, e não para todos os eventuais interessados.

É certo que há limite para a simplificação dos documentos da habilitação, pautado pelo mínimo necessário para assegurar a contratação apenas de interessados habilitados para executar as obrigações a serem assumidas. Entretanto, deve-se indagar se as facilitações que são previstas como preferências para determinados grupos não poderiam ser amplamente estendidas para quaisquer interessados.

Nesse sentido, cito os dois casos de facilitação de habilitação previstos na legislação nacional – comprovação das exigências de habilitação fiscal e trabalhista das micro e pequenas empresas apenas quando da assinatura do contrato (art. 42, Lei Complementar nº 123/2006); e possibilidade de participação de micro e pequena empresa, no procedimento de licitação, ainda que exista alguma restrição jurídica (art. 43, § 1º, Lei Complementar nº 123/2006) –, que talvez pudessem ser estendidos para qualquer interessado (não apenas para as micro e pequenas empresas), sem trazer grande risco para o ente contratante (uma vez que, caso não haja a regularização da documentação, basta que ele contrate a segunda melhor proposta).

Por fim, em relação ao **objeto da regra** (atividade ou grupo), a proteção de grupo ou de setor específico enseja, ao menos de partida, maior conflituosidade com a isonomia do que o fomento de atividade socialmente relevante. De qualquer forma, é possível a justificação de regra voltada para grupo específico pelas externalidades positivas que podem ser geradas pelas atividades ou ações a serem realizadas por ele. É o caso das micro e pequenas empresas, beneficiadas pelo desenvolvimento socioeconômico que se espera que elas gerem.

5.3 Função derivada e a permanente tensão entre preço e qualidade

A melhor proposta, pautada na maior eficiência, consiste em relação de custo e qualidade: a contratação do objeto com a melhor qualidade, com o menor preço possível. Por sua vez, embora essa relação ofereça inúmeras combinações possíveis, no sistema de contratações brasileiro ela é modulada, em regra, a partir não apenas da eficiência, mas também da economicidade, isto é, do menor dispêndio de recursos públicos (conforme item 2.4).

Nesse contexto, demanda-se que o objeto a ser contratado tenha a qualidade mínima necessária para assegurar a satisfação da finalidade pública visada, buscando-se, a partir disso, o menor preço para a obtenção do objeto com tal qualidade. Embora já se constatem movimentos legislativos visando à maior qualidade para as contratações públicas (conforme item 3.3), permanece a regra geral que relaciona a melhor proposta com o menor preço, devendo as exigências técnicas estarem restritas (em regra) ao patamar mínimo necessário para assegurar a adequada execução do objeto contratual e, pois, a satisfação da necessidade pública.

A função derivada reconfigura os fins da contratação, com impactos sobre **preço e qualidade do objeto** e do **procedimento de contratação como um todo**, ao incluir uma restrição, obrigação ou preferência não originária e nem essencial à satisfação do objeto. Assim, a função derivada reconfigura as características do que será contratado ou do perfil de quem será contratado. A contratação adquirirá uma adicionalidade em relação às características mínimas necessárias para a satisfação de sua função primária, o que pode impactar as duas pontas da equação de eficiência: preço e qualidade do objeto a ser contratado e da contratação como um todo.

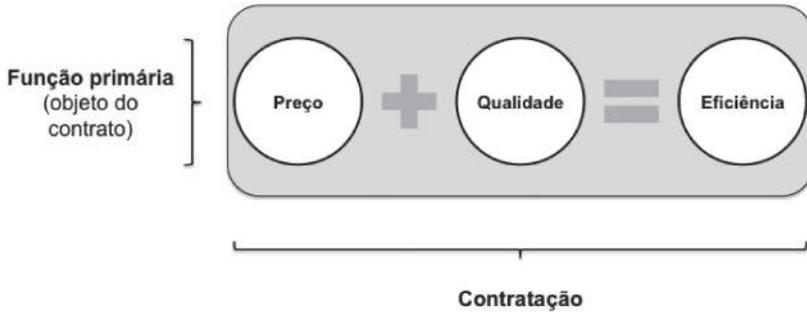
Ressalto desde já que a função derivada alterará **as finalidades visadas pela contratação envolvida**, mas não necessária e diretamente

impactará o **objeto a ser contratado**. Isso porque a função derivada lida com fatores que podem não se relacionar diretamente com o objeto (em sentido estrito) da contratação, mas sim com o seu executor. Exemplo nesse sentido é a preferência na contratação de micro e pequenas empresas, adicionalidade que não interfere (ou, ao menos, não deveria interferir) na qualidade do objeto final a ser contratado (embora possa impactar seu preço). Dessa forma, a função derivada inclui uma finalidade ou qualidade adicional à contratação, não originalmente essencial à satisfação da função primária da contratação e que não necessariamente impactará a qualidade ou o preço de seu objeto.

Deve-se distinguir, portanto, os impactos da função derivada no **objeto da contratação** (intrinsecamente relacionado à sua função primária) e na **contratação como um todo** (a qual passa a congrega as funções primária e derivada). **A função derivada embute na contratação um novo fim a ser perseguido e, com isso, (i) pode impactar o preço e a qualidade do objeto a ser contratado; e (ii) necessariamente alterará a relação de eficiência da contratação como um todo**, que passa a considerar o cumprimento não mais de uma única função primária, mas sim a satisfação de fins diversos.

No cenário sem a função derivada, que envolverá apenas a função primária, a contratação apresentará determinado preço e qualidade (equivalente ao preço e qualidade do objeto a ser contratado), sendo que essa relação formará a eficiência tanto da função primária, como da própria contratação. Aqui, **há equivalência entre preço, qualidade e eficiência da função primária e da própria contratação**, conforme Gráfico 7, a seguir.

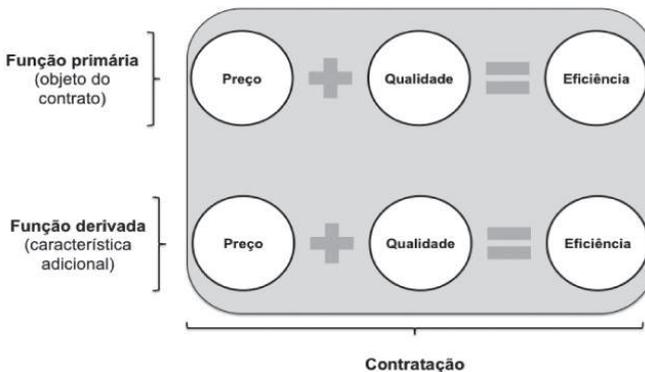
Gráfico 7 – Cenário sem função derivada



Fonte: elaboração própria.

Já no cenário com a função derivada, teremos, de forma diferenciada, os parâmetros de **preço, qualidade e eficiência da função primária** (isto é, do objeto do contrato), da **função derivada em si própria, e da contratação como um todo**. Os parâmetros da contratação são redimensionados pela diversificação das funções que lhe são atribuídas, conforme Gráfico 8. No cenário com função derivada, os parâmetros de preço, qualidade e eficiência da contratação são o resultado da soma entre os parâmetros relacionados à função primária mais função derivada.

Gráfico 8 – Cenário com função derivada



Fonte: elaboração própria.

Em termos teóricos, a separação dos parâmetros da função primária e da função derivada faz-se com a identificação do cenário com e sem função derivada. Na prática, contudo, não é possível segregar a “função derivada” da contratação, uma vez que ela reconfigura a própria contratação. Ou seja, a função derivada pode impactar (i) a **qualidade** e/ou (ii) o **preço do objeto a ser contratado**, reconfigurando (iii) a **relação de eficiência da contratação** que conforma a **melhor proposta**.

Em relação à (i) **qualidade do objeto a ser contratado**, a função derivada **adiciona uma característica à contratação** (restrição, obrigação ou preferência) que não lhe é intrínseca e nem essencial ao cumprimento da função primária. Os requisitos técnicos da contratação (relacionados tanto ao objeto em si, como ao futuro contratante) não serão mais os mínimos necessários para assegurar a execução da função primária da contratação; haverá exigências técnicas adicionais e não essenciais. Isto necessariamente impacta os requisitos técnicos compreendidos na contratação, mas esse **impacto decorrerá da busca de uma nova finalidade (o fim derivado)**, não sendo essencial para a função primária.³¹⁶

Contudo, embora agregue nova característica (e nova finalidade) à contratação, a **função derivada não necessariamente propiciará elevação da qualidade do objeto da contratação**, isto é, ela pode não impactar efetivamente a qualidade do objeto que está sendo obtido. Isso ocorrerá especialmente quando a adicionalidade recair não sobre o objeto, mas sim sobre o contratado ou interessado na contratação, como na maioria das hipóteses de dispensa de licitação ou nas preferências para a contratação de micro e pequenas empresas ou quando envolver produtos e serviços nacionais. Nesses casos, a qualidade adicionada

³¹⁶ Ressalte-se que esse impacto quase sempre representará aumento dos requisitos da contratação. Mesmo nos casos em que a função derivada é colocada na forma de preferência, essa preferência representará, de fato, aumento dos requisitos, que por sua vez direcionarão a contratação para o grupo ou a atividade privilegiada. Exemplo, contudo, de redução das exigências técnicas seria o caso de facilitação na habilitação, em que de fato há diminuição nos requisitos técnicos exigidos, ainda que essa redução seja direcionada, apenas, para grupo ou atividade em específico.

não necessariamente impacta o produto em si – uniformes produzidos no país ou no estrangeiro não têm características diferentes por causa do local de produção, desde que respeitados, em ambos os casos, os requisitos mínimos estabelecidos. O ponto relevante, portanto, é que a **função derivada agrega nova característica (e finalidade) à contratação** que, além de não ser essencial para o objeto contratado, **não necessariamente interferirá na qualidade desse objeto.**

Por sua vez, caso a característica adicionada impacte a qualidade do objeto contratado, ela **não necessariamente a impactará para melhor**; pelo contrário, pode até mesmo reduzir sua qualidade, se desconsiderar, na avaliação das ofertas, o fator da melhor qualidade das ofertas ou restringir a competição. É o caso, por exemplo, de margem de preferência para determinados grupos que incida sobre o preço ofertado, ou então de restrição quanto aos participantes do procedimento de contratação, com a redução do universo de propostas para a escolha pelo ente contratante (e, indiretamente, diminuição da melhoria de qualidade que poderia ser obtida).

De fato, a **função derivada pode melhorar, reduzir ou não alterar a qualidade do objeto a ser contratado.** Aponto que, nos casos com perda de qualidade, a função derivada pode contrariar os movimentos legislativos que buscam trazer maior qualidade para as contratações públicas, conforme visto no item 3.3.

Nesse contexto, considerando o fator de qualidade do objeto, deve-se ponderar em quais situações a função derivada será admissível. Tomando apenas o aspecto da qualidade do objeto, não haverá óbice se a função derivada melhorar ou for ao menos neutra nesse ponto. Mas pode haver casos em que ela **reduza a qualidade do objeto a ser contratado**, devendo-se indagar se essa perda de qualidade no objeto poderia ser compensada pela nova finalidade que a contratação passa a cumprir.

Em relação ao *(ii)* **preço da contratação**, uma vez que a função derivada acrescenta nova característica (e finalidade), há tendência no aumento do preço a ser pago pelo poder público.

Como aponta Comba (2010, p. 304), o fim derivado tende a ensejar ônus adicionais ao futuro contratado que, por sua vez, serão repassados para o valor ofertado de contraprestação pela execução do contrato – representando, portanto, aumento no dispêndio de recursos públicos.³¹⁷ Os custos podem ser ainda maiores caso a função derivada impacte todo o processo produtivo do fornecedor, e não apenas o processo da contratação em específico.³¹⁸

Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 128-129) identificam que a função derivada pode adicionar custos à contratação por quatro diferentes motivos: *(i)* custo decorrente do **qualitativo adicional** em si que é adquirido; *(ii)* custo pelo **aumento da discricionariedade** do ente contratante; *(iii)* custos decorrentes das atividades de **acompanhamento e fiscalização** do cumprimento da função derivada, bem como de prevenção de práticas de fraude ou corrupção; *(iv)* custos decorrentes de eventuais **litígios** (reclamações e disputas legais) decorrentes da inclusão da função derivada.

³¹⁷No original: “The contracting authority should spend money for providing social assistance to the unemployed anyway and it might find it more convenient to do so in a public procurement procedure. The costs for the social policy are thus borne by the contractor who will certainly find a way to shift them back to the contracting authority to benefit from the lower price resulting from the competitive award procedure”.

³¹⁸Sobre as diferenças de impactos conforme a técnica utilizada, considerando se ela impõe ônus geral para o processo produtivo da empresa ou apenas na execução do contrato em específico, Arrowsmith (2010, p. 166) assim aponta: “Policies directed at, or affecting, behaviour outside government contracts often impose a greater burden on contractors than policies limited to the contract, especially when they extend to all the contractor’s activities. As a result, there are also potentially greater costs for the procurement process. These arise both because of the costs of compliance reflected in tenders, and because (especially with contract conditions laid down by government) these policies may reduce the pool of contractors. These policies have also generated concerns under trade rules because of their impact on market access: to the extent that they go beyond legal compliance, at least, they are generally prohibited under the EU procurement directives (ARROWSMITH, 2009)”.

McCrudden (2007, p. 117) aponta ainda a possibilidade de aumento dos custos em decorrência da possível **redução da competição** (caso a função derivada seja implementada com o uso de restrições ou preferências na escolha do contratado) ou do **aumento dos custos para os não-beneficiados pela função derivada** (o que pode fazer que os próprios favorecidos aumentem seus preços diante da perspectiva da redução de competição em decorrência da concessão de preferências).

Schooner e Yukins (2009, p. 89) também identificam os maiores **custos de transação** relacionados à função derivada, o que traria ineficiências não apenas para a contratação em si, mas para a própria ação administrativa.³¹⁹ Entendem, assim, que função derivada implica má governança, devendo-se preferir os instrumentos que busquem diretamente os fins visados, com maior eficiência e transparência quanto ao gasto público.³²⁰

³¹⁹ Nas palavras dos autores: "This makes sense, in that the government agencies more acutely feel the pinch of politically-imposed, inefficient, and potentially crippling welfare losses. Complex preferences also inject unnecessary inefficiency into the procurement process through the time and effort that private-sector firms must devote to learning the nuances of unduly complex government rules and monitoring their manufacturing/importing/development efforts to remain in compliance". Trepte (2004, p. 172) aponta, ainda, que os custos de transação tendem a aumentar especialmente quando se trata de fins que demandam uma ação positiva do ente contratante, e não apenas uma ação protetiva negativa: "The costs of compliance become gradually more onerous as the content of social policies expands. Whilst it may be possible to remain indifferent to the effects of enforcement of applicable laws by way of procurement where they contain purely negative obligations (such as the obligation not to discriminate), the same cannot be said for provisions which require positive or affirmative action". Seria o caso, por exemplo, em que o poder público usa seu poder de compra para fomentar o desenvolvimento de determinado grupo hipossuficiente, o que tende a apresentar custo maior do que quando o poder público utiliza seu poder de compra para assegurar concorrência mais isonômica entre todos os eventuais interessados em contratar com ele.

³²⁰ Conforme trazido pelos autores: "As wealth distribution tools, procurement preferences (as opposed to direct investment, support, or subsidies) impede transparency by masking the true cost of the subsidy or support programs. Should governments intend to assist, support, or subsidize individuals, institutions, or industries (such as a domestic steel industry), they should do so directly and transparently, publicly quantifying and disclosing the level of support, subsidy, or relief. If the costs of, or externalities associated with, that subsidy or support are unpalatable, disguising them in the procurement process is not only inefficient and ineffective, but also disingenuous".

Há, pois, diversos fatores que fazem pressupor o aumento do preço da contratação pública que cumpre uma função derivada: os custos decorrentes da adicionalidade em si, da redução de competição, ou ainda da maior complexidade da transação e sua fiscalização. Veja-se que, nessa perspectiva, a função derivada caminha em sentido oposto ao movimento de maior simplificação e redução dos custos da contratação, movimento esse que tem na Lei do Pregão o seu representante mais completo, conforme visto no item 3.4.

Mas, em tese, pode-se também cogitar que a função derivada seja neutra ou até mesmo reduza o preço da contratação. Tomemos o exemplo da margem de preferência no preço, que pode ensejar a contratação de proposta que não representa o menor preço ofertado. Isso não implica, necessariamente, o aumento do preço da contratação. De fato, espera-se que a perspectiva da aplicação da margem de preferência reduza os preços ofertados: os ofertantes de produtos estrangeiros, com a expectativa da aplicação da margem, podem reduzir seus preços ao máximo; os possíveis beneficiados, por sua vez, não teriam estímulo para subir seus preços, justamente pela possibilidade de estrangeiros reduzirem suas propostas.³²¹ Outro exemplo é a preferência para as micro e pequenas empresas em caso de empate fictício (art. 44 e art. 45, Lei Complementar nº 123/2006), que confere uma oportunidade para que essas empresas cubram a melhor oferta então apresentada – possibilitando, portanto, redução no valor final da contratação para o ente contratante. Além disso, a função derivada pode ser associada a outras práticas que tendem a reduzir o preço da contratação, como

³²¹ Após cogitar em duas situações que podem ensejar o aumento dos custos da contratação (redução da competição e aumento dos custos dos agentes não beneficiados), Mccruden (2007, p. 117) considera ainda a hipótese de a função derivada reduzir os custos – hipótese, contudo, que ele entende ter baixa probabilidade de ocorrer: “Third, price discrimination does not necessarily lead to higher procurement costs because ‘bad’ firms may make their bids knowing that a price preference will be used to inflate those bids. They respond to high price preferences by lowering their bids and reducing their profit margins. If the probability of a (bad) firm being the low bidder is high, raising price preferences might actually reduce procurement costs. However, costs reductions are likely to be small, and if the government chooses the ‘wrong’ rate of price preference, these cost reductions become cost increases”.

o exemplo das licitações sustentáveis compartilhadas, que geram economia de escala e, com isso, diminuição dos preços.³²²

Ainda, a variação no preço a ser pago não necessariamente fará uma contratação mais ou menos vantajosa, quando se olha pela eficiência e pela agregação de fins em uma única contratação. Nesse sentido, a elevação dos custos pode representar aumento proporcional ou até maior da qualidade.

Tal como no quesito da qualidade, aqui também se coloca a questão, agora no tocante ao preço da contratação, sobre em quais situações (e com qual limite) a função derivada pode ser incluída. Se a função derivada não ensejar aumento do preço da contratação (em relação à hipótese de contratação sem a inclusão da função derivada, apenas com sua função primária), inexistirá questão a ser ponderada. Entretanto, deve-se indagar se **eventual aumento de preço causado pela função derivada poderia ser compensado (e até qual limite) pela nova finalidade (e seus benefícios) acrescentada à contratação.**

Relacionando, agora, qualidade e preço, chegamos à equação de *(iii)* **eficiência da contratação**, relação que pauta a configuração da melhor proposta e que é, em regra, estancada no menor preço.

A função derivada pode trazer consequências diversas para essa relação de eficiência, tendo em vista, por um lado, as variáveis de preço e qualidade da contratação, e, por outro, a possibilidade de redução, aumento ou manutenção de cada uma dessas variáveis. Nessa perspectiva, há nove cenários possíveis, conforme especificados na Tabela 16, a seguir.

³²² Sobre a prática nacional das licitações sustentáveis compartilhadas, ver: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>. Acesso em: 14/09/2016.

Tabela 16 – Movimentos de preço, qualidade e eficiência

Movimento do preço	Movimento da qualidade	Consequência para eficiência
↑ preço	↑ qualidade	= eficiência
↑ preço	↓ qualidade	↓ eficiência
↑ preço	= qualidade	↓ eficiência
↓ ↓ preço	↑ qualidade	↑ eficiência
↓ preço	↓ qualidade	= eficiência
↓ preço	= qualidade	↑ eficiência
= preço	↑ qualidade	↑ eficiência
= preço	↓ qualidade	↓ eficiência
= preço	= qualidade	= eficiência

Fonte: elaboração própria.

Em suma, a eficiência da contratação pode ser maximizada por conta tanto do **aumento da qualidade** do objeto, como da **redução de seu preço**, considerando-se diferentes possibilidades. A queda na qualidade do objeto ou o aumento do preço não necessariamente representará diminuição da eficiência, já que o parâmetro na outra ponta da relação de eficiência (preço ou qualidade) poderá compensar esse impacto. Assim, por exemplo, o aumento no preço poderá ser compensado com aumento equivalente na qualidade, ou a queda na qualidade pode ser compensada com redução proporcional no preço, sendo que em ambas as situações a relação de eficiência permanecerá estável.

A eficiência **aumentará** em três situações: se a função derivada ensejar (i) a redução do preço da contratação, com o aumento da qualidade do objeto; (ii) a redução do preço da contratação, mantendo-se a qualidade do objeto; ou (iii) o aumento da qualidade, sem impacto no preço da contratação.

Permanecerá **estável**, em princípio, se a função derivada (i) não impactar preço e qualidade; ou se gerar (ii) redução proporcional de preço e qualidade; ou (iii) aumento proporcional de preço e qualidade. Ressalto que a redução ou o aumento de ambos os fatores (preço e

qualidade) deve ser proporcional para que a eficiência permaneça igual; do contrário, haverá queda ou aumento da eficiência.

Por fim, a eficiência **reduzirá** se a função derivada ensejar (i) aumento de preço e queda de qualidade; (ii) aumento de preço com a mesma qualidade do objeto; ou (iii) queda na qualidade sem alteração do preço.

Portanto, a função derivada pode reduzir, aumentar ou manter o preço e a qualidade do objeto a ser contratado, ensejando redução, aumento ou manutenção da eficiência da contratação e reconfigurando a melhor proposta de diferentes formas. Gera-se o redimensionamento dos dois principais aspectos da contratação – preço e qualidade –, com reconfiguração da relação de sua eficiência.

A questão que se coloca é definir quais os limites para a reconfiguração da melhor proposta pela função derivada, a partir de impactos no custo e na qualidade do objeto a ser contratado. Quais dos cenários listados na Tabela 16 – Movimentos de preço, qualidade e eficiência, acima, são adequados, aceitáveis ou inaceitáveis?

A identificação dos limites do impacto da função derivada na qualidade do objeto e no seu preço deve considerar suas consequências para a eficiência da contratação. Na medida em que a função derivada redimensiona os termos do que será contratado, a melhor proposta passa a ser aquela que melhor representa uma relação de custo-benefício da contratação como um todo – devendo-se considerar, portanto, os custos e benefícios trazidos pela função derivada.³²³

³²³ Davies (2008, p. 267) aponta que a eficiência da contratação depende de como o fim é delimitado, sendo que, com a função derivada, haveria a reconfiguração do fim da contratação, e já não seria possível olhar para ela mantendo a divisão entre função primária e função derivada: "However, the requirement of efficiency must be interpreted with care. It involves assessing how the government went about achieving its aims: in other words, whether it used the lowest possible level of resources to reach the goal in question. Much therefore depends on how the government's aims are defined. (...) It is only appropriate for the courts to step in where a linkage is so costly that no reasonable government could conclude that it represents value for money".

Nesse sentido, se originalmente (sem a função derivada) a melhor proposta é aquela que (em regra) oferece o menor custo, assegurando-se a qualidade mínima, a função derivada reconfigura essa relação. A característica adicional inserida pela função derivada pode interferir nessa relação original, ensejando que a melhor proposta seja aquela que cumpra esse requisito adicional, podendo apresentar preço maior ou qualidade menor em relação a outras ofertas que não cumpram essa exigência.

5.4 Função derivada, déficit democrático e legalidade

Toda política pública envolve uma decisão de alocação (e de não alocação) de recursos públicos escassos, desde orçamentários até o emprego de bens públicos e recursos humanos. Uma vez que os recursos públicos existentes não são suficientes para satisfazer todas as necessidades públicas momentâneas, é necessário planejar e decidir quem ganha (e quem deixa de ganhar ou quem perde) o que, como ganha e quem paga.

Essas escolhas representam a essência das políticas públicas, e devem ser feitas na arena democrática, por aqueles que têm representatividade popular para tomar as decisões de prioridade de ação governamental. No Estado Democrático de Direito, as escolhas políticas devem ser feitas pelo Legislativo e tecnicamente executadas pelo Executivo. No regime constitucional brasileiro, essa delicada divisão de competências está prevista, em suma, nos seguintes dispositivos da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. *Todo o poder*

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
II - *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

Na prática, contudo, essa divisão de competências entre Legislativo e Executivo no ciclo de políticas públicas apresenta limites nem sempre fáceis de serem identificados, na medida em que a implementação de políticas públicas invariavelmente envolve decisões por parte de quem as executa.³²⁴

A intervenção estatal na economia e na sociedade lida, assim, com o constante embate de racionalidades diversas: a racionalidade democrática – pautada por escolhas tomadas por políticos eleitos – e a racionalidade tecnocrática – pautada por decisões tomadas a partir de critérios técnicos, conforme a ciência aplicável à área em questão.

Blinder (1997) dedica-se a construir critérios para definir as competências de um e outro campo e conciliar as racionalidades técnica e política. Sua

³²⁴Lipsky (2010, p. 4), discorrendo sobre as dimensões das atividades que são exercidas pelos gestores públicos que implementam as políticas públicas (“street-level bureaucracy”), afirma que eles “detêm a chave para uma dimensão da cidadania”. Nas palavras do autor: “Street-level bureaucrats dominate political controversies over public services for two general reasons. First, debates about the proper scope and focus of governmental services are essentially debates over the scope and function of these public employees. Second, street-level bureaucrats have considerable impact on peoples’ lives. This impact may be of several kinds. They socialize citizens to expectations of government services and a place in the political community. They determine the eligibility of citizens for government benefits and sanctions. They oversee the treatment (the service) citizens receive in those programs. Thus, in a sense street-level bureaucrats implicitly mediate aspects of the constitutional relationship of citizens to the state. In short, they hold the keys to a dimension of citizenship”.

preocupação inicial é justificar (e defender fortemente) a autonomia técnica dos bancos centrais, no contexto democrático – mas ele estende suas conclusões para outros setores que demandam execução técnica. Assim, a partir da delimitação de competências das racionalidades, assegura-se também a conciliação entre técnica e democracia.

Em linhas gerais, o principal critério de delimitação entre os campos proposto por Blinder é que as decisões relacionadas às políticas públicas, que envolvem escolhas de valor e moral, são, na democracia, típicas **decisões políticas**, que devem ser alocadas para os representantes eleitos pelo povo, ainda que necessitem de análise técnica. Nessa seara encontram-se também as decisões de impacto setorial que são redistributivas e impliquem uma escolha sobre “quem ganha” e “quem perde”.

No entanto, não se pode negar que, como apontado pelo próprio Blinder, há significativo campo nebuloso, onde não é simples e nem pacífica a identificação sobre em qual seara (política ou técnica) o tema está (ou deveria estar) alocado. Afinal, também na execução de uma política pública, diversas decisões são necessárias ao longo desse ciclo específico. Mais do isso: a linha entre um e outro campo não é fixa, move-se ao longo do tempo, e **tal movimentação é pautada essencialmente pela seara política**. Quando há uma política clara, precisa, bem definida e pormenorizada, o campo de atuação da burocracia técnica tende a ser menor. Doutra forma, quanto menos claros e detalhados forem as metas e os objetivos politicamente determinados, mais decisões a burocracia terá que tomar na implementação desses objetivos.

Colocada no ciclo de políticas públicas, a operacionalização da função derivada pressupõe duas “etapas” de decisão: (i) a eleição de um fim social a ser promovido pelo Estado – o fim derivado; e (ii) a definição do instrumento que será utilizado para alcançar esse fim social – as contratações públicas, por meio da inclusão da função derivada.

A atuação do Legislativo sempre existirá em relação à primeira etapa: a ação estatal para o alcance de determinado fim (com o emprego de recursos públicos) deverá estar autorizada (ou imposta) em dispositivo legal. Sempre haverá, portanto, alguma participação do Legislativo, uma vez que a função derivada deverá embasar-se em alguma política ou fim público no mínimo remotamente previsto em lei.

A questão que se coloca é quanto à **necessidade de envolvimento do Legislativo em relação à segunda etapa**. Ao eleger um fim público a ser promovido, há variações do grau de legalidade, podendo a lei tanto expressamente prever o uso da contratação pública como instrumento de sua efetivação, como deixar de especificar os instrumentos para sua promoção. Portanto, deve-se identificar se, para a efetivação de um fim público (fim esse já colocado como dever do poder público pelo ordenamento jurídico), o instrumento (a função derivada) deve ser também escolhido pelo Legislativo, e com qual detalhamento.

Poder-se-ia dizer que o que altera a distribuição de recursos públicos é a decisão sobre a definição de um fim a ser perseguido pelo Estado, e não o instrumento em si a ser utilizado para alcançá-lo. Mas, a depender do grau de abstração dessa lei, a alocação concreta apenas ocorrerá com um comando (posterior à lei) mais específico quanto aos instrumentos de sua efetivação – no caso, a eleição da contratação pública como instrumento indireto para a promoção do fim, por meio da adição da função derivada.

Note-se que as normas de contratações públicas incidem essencialmente sobre as entidades contratantes, mas também interferem na atuação dos atores privados que pretendem fornecer para o mercado público. Ou seja: as regras de função derivada impactam diretamente os entes públicos contratantes, mas também têm consequências para o mercado, que deverá observá-las e a elas se adaptar para acessarem o mercado das contratações públicas.

Assim, para além de escolhas de alocação de recursos, a função derivada implica sempre interferência estatal no mercado. É certo que, diferentemente do que ocorre com a regulação em sentido estrito (que necessariamente incide sobre todos que se enquadram na norma), a função derivada deverá ser observada apenas por aqueles que optem por participar do mercado de contratações públicas – isto é, a tensão com a liberdade empresarial pode ser menos intensa na função derivada do que no caso de norma regulatória geral.³²⁵

De qualquer forma, essa interferência na liberdade empresarial também traz a necessidade de legitimidade democrática. Quer dizer, a opção pela função derivada, que interferirá no mercado, será justificada pelo princípio democrático: ainda que decorra de decisão no âmbito da autonomia do comprador público, a função derivada implica “(...) **interferência no mecanismo do mercado – mas uma interferência justificada como expressão do princípio democrático: o governo, responsável perante seu eleitorado, escolhe interferir no mecanismo do mercado para promover outros valores**” (ARROWSMITH; KUNZLIK, 2009, p. 18, tradução nossa).

Há quatro cenários de legalidade da função derivada (isto é, do grau de normatividade do instrumental da política pública): (i) **inexiste** lei prevendo a função derivada como instrumento de execução de fim público; (ii) lei **faculta** o uso da função derivada como instrumento de execução de fim público (e cuja efetiva aplicação estará, portanto, na esfera da discricionariedade administrativa); (iii) lei **obriga** o uso da função derivada; (iv) lei **veda** o uso da função derivada. Conforme pesquisa legislativa realizada no item 3.6, no ordenamento brasileiro somente não foi encontrada a hipótese de lei vedando a função derivada.

Em caso de ausência de previsão legal (em sentido estrito) quanto à função derivada, ou de existência de lei facultando sua utilização, é

³²⁵ A maior subsidiariedade da função derivada é, inclusive, um de seus fundamentos, conforme itens 4.2 e 4.3.

possível ainda que, no âmbito infralegal, o uso da função derivada: (i) seja disciplinado por **regulação geral e abstrata**; ou (ii) estabelecido por **regulação específica e concreta** (em cada procedimento de contratação).

Cada um desses cenários gera problemas diferentes, conforme o enfoque da análise. No presente item, o foco será a necessidade de lei (e em qual grau de normatividade), a partir de três questões relacionadas à **legitimidade democrática da função derivada: legalidade, transparência e segurança jurídica**. Esse exame demanda duas avaliações sucessivas: (i) a necessidade de expressa previsão legal da função derivada (ou a possibilidade de ela ser prevista e regulada apenas em âmbito infralegal) e (ii) o grau de normatividade dessa previsão legal, isto é, o quão detalhada ela deve ser. A partir da perspectiva da legitimidade democrática e tendo em vista essas indagações, o instrumento de veiculação da função derivada levanta algumas questões específicas.

Primeira, a **função derivada pressupõe uma decisão de alocação de recursos e de "trade-off" com outros valores**, afastando, parcial ou totalmente, os valores da maior eficiência (e menor preço), isonomia e competição.

Conforme já visto, na função primária das contratações públicas, há prevalência da racionalidade econômica pautada pela eficiência (a contratação da proposta que apresenta o melhor custo-benefício) e economicidade (o menor dispêndio de recursos possível), justificadas pela escassez de recursos públicos. Na função derivada, contudo, o Estado passa a atuar como fomentador do mercado e promotor de políticas públicas, utilizando seu poder de compra como meio para viabilizar esses fins sociais. Isso traz para o âmbito das contratações públicas uma nova racionalidade: a racionalidade política, inerente às políticas públicas e legítima para definir seu objeto, seu público-alvo e sua fonte de financiamento.

A função derivada presume, portanto, a escolha entre os valores que regem a contratação pública, com a reconfiguração do que se considera como melhor proposta (com possível interferência na qualidade do objeto e no preço da contratação), e eventual afastamento dos valores da isonomia e ampla competição.³²⁶

Há, ademais, a decisão quanto à alocação de recursos públicos, na medida em que a função derivada impacta preço e qualidade da contratação (em relação ao cenário em que existe apenas a função primária). Veja-se que a questão não é a de se o uso da função derivada é mais caro do que outros instrumentos, mas sim de que a própria decisão quanto a seu uso implica a realocação de recursos públicos.

Note-se ainda que **o grupo de beneficiados pela função derivada não necessariamente equivale à parcela da coletividade a qual o objeto da contratação (função primária) deve atender**. Exemplificativamente, enquanto a contratação da construção de uma ponte visa a satisfazer as necessidades da população que transita no local, a decisão de contratar preferencialmente micro e pequena empresa para essa construção visa a fomentar o grupo de construtoras que se enquadram como micro ou pequenas empresas. Ao diversificar os fins da contratação, há igualmente a diversificação dos beneficiados, o que enseja uma relevante decisão quanto a como eles são escolhidos (isto é, quem serão os “perdedores” e os “vencedores”), e quem paga pelos custos dessa política.

Considerando as escolhas envolvidas na adoção da função derivada, em termos de legitimidade democrática, há diferença entre a função derivada autorizada pelo legislador e aquela prevista apenas pelo gestor

³²⁶ Breus (2016, p. 191) destaca que a adoção da função derivada impõe uma ponderação entre os sacrifícios da eficiência (valor primário da contratação) e dos fins de políticas públicas (trazidos pela função derivada): “Por definição, as políticas públicas horizontais constituem uma proposta de compromisso de sustentabilidade e de equilíbrio de cada comunidade e, como tais, representam opções (políticas) para cada governo. Soluções de compromisso, como as contidas nas políticas públicas inseridas na contratação pública contemporânea, impõem o dever de ponderação entre os sacrifícios em matéria de eficiência e os objetivos de políticas públicas a serem concretizados”.

público em regulação abstrata (por regulamento) ou específica (por atos administrativos concretos): a decisão alocativa tomada somente pelo Executivo (pela via do regulamento ou diretamente na contratação) contém menor intensidade de legitimidade democrática (ou mesmo déficit democrático) em relação àquela tomada pelo Legislativo.

Além de possível déficit democrático da função derivada, a ausência de lei pode representar **esvaziamento da atuação do Legislativo pelo Executivo (“by-pass” institucional) ou mesmo a fuga, pelo Legislativo, de suas próprias competências**, especialmente nos temas em que ele voluntariamente se nega a legislar para promover ou alargar direitos sociais. Veja-se, aliás, que a fuga do trâmite legislativo é um dos fundamentos para o uso da função derivada, conforme tratado no item 4.4, seja porque há omissão voluntária do Legislativo, seja porque se trata do único instrumento de promoção de direitos ao alcance do ente contratante.

A preocupação quanto ao esvaziamento do papel do Poder Legislativo foi abordada por Daintith (1979, p. 54), quando analisou, no ano de 1979, a “regulação por contrato” como a “nova prerrogativa da Administração”, colocando-a em contraposição à função legislativa: por meio de seus contratos, a administração acaba por “legislar”, sem nunca passar pelo crivo do Poder Legislativo.³²⁷ O autor traz o exemplo da política “voluntária” anti-inflacionária do governo no Reino Unido, entre 1975 a 1979: embora fosse voluntária, a adesão a essa política pelas empresas era requisito para a celebração de contratos com o governo, inexistindo previsão legal que embasasse essa restrição de acesso ao mercado de compras públicas. Com isso, de acordo com o autor, o

³²⁷ Daintith faz as seguintes notas sobre a perda de autoridade do Parlamento frente ao Executivo para legislar: “Consideration of this sensible proposal must not distract Parliament from the far more fundamental question of whether it is prepared to see a reduction of its formal supremacy by allowing Government to develop and ramify a technique of regulation in which legislative authorisation plays no effective part. It would be sad, but not surprising, if Parliament, at the time of its greatest real authority over Government in recent years, were to sit quietly by while Government fashioned for itself a new prerogative”.

advento da “regulação por contrato” traz aspecto político-institucional relevante, na medida em que, utilizando seus contratos, o Estado acaba por regular sem, contudo, passar pelo crivo do Legislativo.³²⁸

Outro exemplo mais recente é o caso, mencionado no item 4.4, do decreto presidencial dos Estados Unidos da América, que impôs que os contratados da administração federal forneçam licença-doença para os trabalhadores vinculados a contratos federais. Contextualizando o cenário institucional de edição do decreto, havia resistência expressa (omissão voluntária) do Legislativo no aumento dos direitos trabalhistas (no caso, dispensa remunerada em razão de doença). Se, por um lado, o poder de compra do governo federal mostrou-se como instrumento relevante para se promover maior proteção trabalhista, por outro houve “*by pass*”, pelo Executivo, da vontade do Legislativo.

Por sua vez, Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 18) entendem que a opção pela função derivada, ainda que interfira no mercado, será justificada pelo princípio democrático, uma vez que adotada pelo governante democraticamente eleito.³²⁹

Outro tema relevante é o das possíveis **distorções na forma de distribuição de direitos por meio da função derivada**. Isso porque a forma escolhida para ação governamental impacta não apenas o custo em si, mas também **quem arca com esse custo**.

³²⁸ Na palavras do autor: “With the wide-spread adoption, in ordinary commerce, of the standard form contract, the distinction between the consensual, individualised contract and the imposed, general regulation is already blurred. Government contracting shares fully in this movement but also, in the examples I wish to discuss, goes far beyond it; for it incorporates, into standard terms and allocation procedures, clauses and requirements reflecting public interests which by their breadth and importance pass far beyond the mutual objectives of the contracting parties and which, therefore, might normally be promoted by statutory regulation. (...) This means the power to rule without parliamentary consent, which is the hallmark of prerogative”.

³²⁹ De acordo com os autores, a função derivada, ainda que decorra de uma decisão no âmbito da autonomia do comprador público, implica uma “(...) interference with the market mechanism – but one justified as an expression of the democratic principle: the government, accountable to the national electorate, chooses to interfere in the market mechanism to advance other values”.

No caso da promoção de fins públicos por meio de contratações públicas, os custos gerados pela implementação da política (no caso, os custos decorrentes da função derivada) serão pagos com recursos orçamentários gerais, que se originam majoritariamente do pagamento de tributos pela sociedade. Os ônus financeiros que serão suportados pelo contratado (ou interessado) em razão da função derivada tendem a ser repassados ao ente contratante, seja diretamente na forma de oferta maior (que embute o custo adicional), seja indiretamente, pela redução da competição ensejada pela adicionalidade da função derivada.

Haverá, em regra, seletividade dos beneficiados pela função derivada, que estarão restritos, de alguma forma, ao universo de influência do mercado das contratações públicas – sendo que os favorecidos não equivalem, necessariamente, à parcela da coletividade a qual o objeto da contratação deve atender.

Realizar política distributiva por meio das compras públicas pode, portanto, gerar problemas relacionados a quem arca com seus custos e quem dela se beneficia, os quais podem ser agravados em caso de falta de definição e de transparência quanto aos custos adicionais e à efetividade da medida.

Novamente no exemplo do decreto presidencial nos Estados Unidos da América, quem arca com os custos adicionais da função derivada são todos os contribuintes (já que os custos com esse direito adicional certamente serão repassados para o valor final dos contratos), mas seus beneficiados são apenas aqueles que trabalham em projetos contratados pelo Governo Federal. Cria-se, assim, um cenário em que não há lei que assegure aos empregados em geral o direito à licença-doença, sendo ele, contudo, concedido aos empregados que executam projetos contratados pelo Governo Federal, enquanto estiverem nessa posição, com os custos de implementação respectivos sendo suportados por toda a sociedade. Assim, apesar de toda a sociedade arcar com os

custos, os benefícios são usufruídos apenas pelos trabalhadores sob contratos federais.

A utilização da função derivada sem expressa previsão legal também enseja questões relacionadas à **transparência e segurança jurídica**, sobretudo quando adotada em âmbito infralegal, quando seu uso e sua forma são decididos individualmente, a cada contratação. A função derivada sem previsão legal tende a trazer maior dificuldade na compreensão dos parâmetros para sua adoção – inibindo tanto adaptações produtivas por parte dos interessados em contratar com o Estado, como o acompanhamento e controle quanto aos resultados da prática. Ademais, há maior indefinição quanto à continuidade de sua adoção (e das condições de sua utilização), o que gera maior insegurança jurídica, para o setor produtivo, na adaptação e adequação de suas práticas, a médio e longo prazos – um dos objetivos da função derivada.

Logo, a função derivada gera tensões com a legitimidade democrática, que devem ser consideradas na sua previsão legislativa e utilização administrativa. Essas tensões tornam-se mais intensas quando seu uso não é precedido de expressa previsão legal, ou mesmo quando é antecedido de autorização legal genérica. Quanto maior o grau de detalhamento por lei da operacionalização da função derivada, menor sua tensão com legitimidade democrática.

A veiculação da função derivada por previsão legal parece ser capaz de melhor harmonizar o sistema de contratações públicas, tornando mais claro e expresso o afastamento de seus valores tradicionais. Nesse sentido, Trepte (2004, p. 189) entende ser a boa regulação da função derivada ponto central do tema, apontando a necessidade de harmonização dessas regras com o sistema regulatório já existente (nacional e internacional). Para o autor, a inexistência de regras que claramente coloquem a função derivada como novo fim das contratações não apenas enseja dificuldades interpretativas, como também abre

espaço para “destrezas interpretativas”. Para o uso da função derivada, é essencial que o sistema de contratações públicas expressamente autorize a busca de fins derivados, reconhecendo a incapacidade de perseguir-los somente com base na eficiência e a afastando (parcial ou totalmente) para os casos aplicáveis.³³⁰

Por sua vez, ainda que se entenda ser o uso da função derivada possível mesmo que não expressamente previsto em lei, o gestor público terá menor grau de manejo desse instrumento em comparação às situações em que há autorização legal expressa para sua utilização, com maior dificuldade em adotar determinadas técnicas que geram maior intensidade de conflito com os outros valores a serem perseguidos pela contratação pública.

Apesar de o instrumento de veiculação da função derivada levantar algumas questões a partir da perspectiva de legitimidade democrática, deve-se notar que a discricionariedade administrativa também é relevante no âmbito da promoção de direitos, e não confronta necessariamente com a legitimidade democrática. Para o que aqui importa, a **discricionariedade na aplicação da função derivada pelo ente contratante** permite a consideração de sua efetiva adequação para o caso concreto, tendo em vista o contexto existente. Por sua vez, a função derivada pode ser o único instrumento à disposição da autoridade contratante para promover direitos sociais, conforme mencionado no item 4.4, e, com isso, cumprir anseios da sociedade.

³³⁰ Nas palavras do autor: “Difficulties arise and interpretative dexterity comes into play where secondary policies are either not made explicit in existing procurement regulations (or contained in other instruments) or were not originally intended to be pursued by way of procurement regulation. If the primary purpose of the procurement regulation in question is to secure economic efficiency and none other, secondary policies have no place or, rather, only have a place where they may be pursued without offending the existing provisions designed to achieve efficiency. (...) If the primary and apparent objective of procurement regulation is economic, it will be difficult, if not impossible, to pursue secondary policies without affecting efficiency in procurement. If it is apparent that secondary policies are also to be pursued by way of procurement regulation that regulation will accommodate those policies and the efficiency deficit will be recognised”.

Diante disso, exaurir os requisitos para a aplicação da função derivada em âmbito legal, sem conferir espaço para adaptações por parte do ente contratante, pode causar dificuldades na sua aplicação em casos concretos. Por sua vez, não admitir, de forma absoluta, o uso da função derivada quando inexistente a autorização legal nesse sentido pode impedir a promoção de fins sociais que poderiam, em princípio, ser colocados como fins derivados da contratação pública.

Mostra-se, portanto, relevante equilibrar a regulação por meio da lei – para melhor harmonizar a tensão com a legitimidade democrática, bem como para conferir maior transparência e segurança jurídica – com o espaço de discricionariedade suficiente para que o ente contratante possa adequar a aplicação da função derivada ao caso concreto.

5.5 Problemas jurídicos acessórios trazidos pela função derivada

A função derivada enseja, ainda, outros problemas jurídicos, em face dos valores da transparência, segurança jurídica e legitimidade democrática, que trazem desafios para o procedimento de contratação pública: *(i)* a multiplicidade e pulverização de esferas institucionais de regulamentação e implementação da função derivada; *(ii)* a possível extraterritorialidade (nacional e internacional) dos efeitos da função derivada; *(iii)* o potencial conflito das regras de função derivada diante das normas de comércio internacional; e *(iv)* a dificuldade na avaliação da eficácia e da efetividade de uma contratação mais complexa e com fins diversificados.

5.5.1 Múltiplas esferas de regulamentação e implementação da função derivada

Um fator a ser considerado é que múltiplas esferas institucionais podem regular a função derivada, em razão tanto do **sistema federativo**, como

da **organização da estrutura estatal**. No sistema federativo, cada ente federativo pode definir (dentro de sua esfera de competências) os critérios para suas contratações, podendo adotar regras de função de derivada. Ademais, dentro de cada esfera federativa, diferentes órgãos podem regular e realizar contratações, que não estão centralizadas por uma estrutura central – e podem igualmente prever, cada uma, diferentes regras de função derivada. Essa **multiplicidade de fontes da função derivada** pode causar desuniformidade e insegurança jurídica para o mercado privado, bem como dificultar a **transparência e “accountability”** (aqui entendida como prestação de contas e responsabilização do agente estatal) no acompanhamento da implementação da função derivada.

Em relação ao **vetor federativo**, pode-se indagar a quem cabe legislar sobre a função derivada: se apenas à União, no âmbito de sua competência para editar normas gerais sobre contratações públicas (art. 22, XXVII, CF)³³¹, ou se estados e municípios também poderiam prever a função derivada, seja na ausência de norma nacional geral sobre o tema, seja para complementar regra nacional de função derivada existente, conforme as especificidades regionais locais e de modo a promoverem suas competências materiais e legislativas (art. 23, 24, 25 e 30, CF).

Essa questão insere-se na longa discussão sobre o que são, na prática, normas gerais e, portanto, sobre os limites entre a competência privativa da União e a competência para a complementação dessas regras pelos demais entes.

Independentemente da exata repartição de competências federativas em relação ao tema, haverá algum lastro de competência para estados e municípios legislarem sobre a função derivada, complementarmente à regra emanada da União ou na ausência desta – existindo, assim, **multiplicidade de esferas federativas aptas a prever e regulamentar**,

³³¹ Tendo em vista as consequências que a função derivada pode causar, pode-se mencionar ainda a competência privativa da União para legislar sobre direito e comercial (art. 22, I, CF), bem como comércio exterior e interestadual (art. 22, VIII, CF).

com maior ou menor liberdade, hipóteses de função derivada das contratações públicas.

Já pelo **vetor estrutural**, uma mesma esfera federativa possui diferentes fontes institucionais que podem igualmente prever a função derivada nas suas contratações, tendo em vista a organização da administração pública (bem como a do Legislativo e do Judiciário, no âmbito de suas funções administrativas) em estruturas desconcentradas ou descentralizadas, cada qual com competência para realizar as contratações necessárias para alcançar seus fins institucionais.

Essa pluralidade de possíveis fontes de regulamentação da função derivada é potencializada pelo fato de que inexistem, em geral, no âmbito de uma mesma esfera federativa, órgão que necessariamente centralize as compras do respectivo ente. Há, no máximo, órgãos que podem centralizar e agregar as compras do mesmo ente federativo, permanecendo, contudo, a competência (faculdade) para suas diferentes estruturas realizarem elas próprias suas contratações.³³²

Por sua vez, no âmbito dessa competência para regular e promover suas contratações, cada uma dessas estruturas poderia, dentro do limite da legalidade, prever hipóteses de função derivada. Nesse cenário, é possível que, em uma mesma esfera federativa, **órgãos diversos adotem hipóteses diferentes de função derivada, ou mesmo diferentes técnicas de função derivada para um mesmo fim.**

Portanto, seja pelo vetor federativo, seja pelo vetor estrutural, pode-se regular a função derivada de forma abstrata e geral, por meio de

³³² Assim, por exemplo, no caso da administração pública federal, o Ministério do Planejamento, por meio da Secretaria de Gestão, expede normas e realiza procedimentos para uniformizar as aquisições dos órgãos que a compõem (conforme Decreto nº 8.818/2016). Para isso, disponibiliza-se a Central de Compras (por meio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg, instituído pelo Decreto nº 1.094/1994), onde devem ser prioritariamente realizadas as contratações da administração federal. Isso não exaure, contudo, a possibilidade de cada estrutura federal regulamentar ou mesmo realizar suas próprias contratações.

diploma legal ou infralegal (pela via do regulamento, com resolução ou portaria no âmbito do órgão, por exemplo), ou mesmo aplicar a função derivada caso a caso, em cada processo de contratação, regulando-a de forma concreta, no próprio procedimento (por exemplo, no edital de licitação).

Pode haver, assim, **multiplicidade e pulverização, no âmbito dos entes públicos, da competência para editar normas (gerais ou concretas) e implementar, na prática, a função derivada nas contratações públicas.** Cada ente federativo, e cada órgão contratante no âmbito de cada ente federativo, podem, dentro dos limites da legalidade e de sua competência federativa, prever e regular a função derivada de forma abstrata ou de forma concreta em cada processo de contratação.

Dessa multiplicidade e pulverização de fontes de função derivada surgem obstáculos à **segurança jurídica, transparência e "accountability"**. Ressalte-se que, de fato, a multiplicidade de fontes de normatização permeia as contratações públicas em geral, não sendo peculiaridade exclusiva da função derivada.³³³ As características da função derivada, contudo, realçam ainda mais a preocupação com esses valores.

A **segurança jurídica** para o mercado produtivo é relevante no caso da função derivada, que tende a ensejar a necessidade de adaptações nos processos produtivos. Esse é, aliás, o objetivo da função derivada: induzir que o setor produtivo sobre o qual ela incide adote determinada conduta (normalmente por meio da alteração de seu processo de produção) que produzirá externalidades positivas (ou que deixará de produzir externalidades negativas) para a sociedade.

³³³ Kelman (2002, p. 289) também aponta a existência de diferentes esferas de regulação das contratações públicas: "Some decisions on the mechanisms of contracting are set systemwide, through laws, regulations, and organizational arrangements. Others involve decisions about the design of an individual contract, made by the contracting authority on a procurement-by-procurement basis within the discretion allowed by the laws and regulations".

O mercado produtivo, contudo, precisa de tempo para se adequar aos novos parâmetros trazidos pela função derivada. A segurança jurídica pode ser considerada por um **viés temporal, de estabilidade e previsibilidade das regras diferenciadas decorrentes da função derivada (condicionantes, obrigações e preferências) ao longo do tempo**. Quanto maior a estabilidade temporal das regras de função derivada, menores tendem a ser as tensões geradas com sua utilização, na medida em que permitem a adaptação do mercado, diminuindo, com isso, o potencial de exclusão da função derivada e reduzindo o impacto negativo na isonomia e competição.

Ainda pelo viés da segurança jurídica, deve-se considerar a **razoabilidade das especificações adotadas diante da incidência espacial restrita da regra de função derivada** – delimitação essa que pode multiplicar-se entre diferentes órgãos públicos contratantes. O cumprimento, pelo mercado, de especificações diferentes para cada esfera federativa contratante, e cada órgão contratante dentro de cada esfera federativa, enseja dificuldades (técnicas e econômicas) nas adaptações necessárias para a observância da função.

A multiplicidade e a pulverização das fontes reguladoras de função derivada também ensejam maior dificuldade no acompanhamento do uso da função derivada, criando tensões com a demanda por **transparência e accountability** da ação governamental. Para o mercado produtivo diretamente afetado pela função derivada, gera-se dificuldade de conhecimento das situações de favorecimento pela regra de função derivada. Para entes públicos contratantes e Poder Público em geral, a pulverização enseja dificuldades no acompanhamento do impacto da função derivada, seja nas contratações públicas, seja como instrumento de efetivação de políticas públicas diversas (isto é, para se medir a própria eficácia da função derivada). Por fim, para a população em geral, é difícil acompanhar os resultados da ação governamental que inclui a função derivada.

5.5.2. Extraterritorialidade da função derivada

A função derivada pode trazer impactos para fora da jurisdição do ente que a estabelece (normativa ou concretamente), gerando impactos extraterritoriais, nas perspectivas nacional e internacional.

Para o cumprimento da função derivada, o contratado ou interessado em contratar pode ter que realizar uma conduta não individualizada para a contratação em questão, seja alterando seu processo produtivo, ou executando ação que pode gerar consequências para além do território do ente que prevê ou impõe (Legislativo ou Executivo) a função derivada. São casos em que as **consequências da função derivada poderão extrapolar a jurisdição da autoridade que a emana**, na medida em que seu cumprimento demanda uma conduta por parte do setor produtivo que não pode ser individualizada para as contratações específicas do ente público contratante.

O extravasamento dos efeitos pode ocorrer dentro do território nacional, e aí estaremos diante de um desencontro de jurisdições entre entes federativos diversos. Seria o caso em que ente federativo veda uma conduta pelos interessados em contratar com ele, sendo inviável para o setor produtivo segregar seu processo produtivo para o cumprimento dessa conduta apenas para esse caso em específico. Nessa circunstância, ou a empresa deixará de contratar com o respectivo ente, ou terá que alterar seu processo produtivo como um todo, com consequências que extrapolam a jurisdição do ente.

Exemplo nesse sentido seria a exigência, por município, de compra de móveis de empresas que utilizem apenas madeira de origem certificada. Nesse caso, a exigência que decorre da função derivada provavelmente imporá alterações no processo produtivo geral da empresa, impactando inclusive seus fornecedores – com efeitos, portanto, que extrapolam a jurisdição do município e, possivelmente irradiam, para o âmbito regional ou mesmo nacional.

A extraterritorialidade dos efeitos também pode ser visualizada pelo âmbito internacional. Exemplo bastante notório são os “boicotes internacionais”, com entes públicos recusando-se a contratar não apenas com empresas de determinado local, mas também impondo às suas contratadas restrições na sua rede de fornecedores. Interessante notar que, nesses casos, o objetivo das “*selective purchasings*” é justamente induzir condutas fora da jurisdição do ente comprador, utilizando as contratações públicas como instrumento de direcionamento de condutas com efeitos a nível global. Mencione-se o uso dos contratos públicos, por diversos governos em nível internacional, para protestar contra golpe de Estado no Chile na década de 1970, ameaçando o rompimento de contratos, em nível nacional, de empresas contratadas que mantivessem relações comerciais com o governo chileno (MCCRUDEN, 2007, p. 9-10). Nesses casos, o poder de compra estatal foi utilizado por governos nacionais exatamente para induzir ação extraterritorial: o retorno ao regime democrático em outro país, no caso, o Chile. Citem-se, ainda como exemplo, os “boicotes internacionais” (seja pelos governos, seja pelo próprio mercado privado) que ocorreram como forma de protesto contra o regime de “*apartheid*” na África do Sul e as ocupações israelenses na Faixa de Gaza.

Davies (2008) destaca a possibilidade – inclusive de forma intencional – dos efeitos extraterritoriais da função derivada, nas perspectivas nacional e internacional. Conforme aponta a autora,

(...) um ‘linkage’ [regra de função derivada] pode ter a intenção de influenciar exclusivamente no âmbito da jurisdição do governo que o impõe, ou pode ter o objetivo de afetar outros Estados. O exemplo mais óbvio de uma cláusula com o objetivo de produzir efeitos extraterritoriais é o boicote à Birmânia/Myanmar, mencionado acima, que foi desenhado para coagir as empresas a retirarem seus negócios de Birmânia /Myanmar, por meio da ameaça de vedação de contratarem com entes estatais. (...) Mas até mesmo uma simples cláusula impondo o reconhecimento dos sindicatos pelos trabalhadores vinculados a determinado contrato pode ter efeitos extraterritoriais no caso

de o contratado manufaturar o produto fora do território da entidade contratante (DAVIES, 2008, p. 264, tradução livre).

A possibilidade de extraterritorialidade dos efeitos da função derivada enseja dois desafios a serem considerados.

O primeiro consiste na extrapolação dos efeitos de um instrumento para **além da jurisdição da legitimidade democrática detida por quem a institui**. Como apontado no item 5.4, o uso da função derivada pressupõe uma decisão de alocação de recursos públicos, a ser tomada por aqueles que possuem legitimidade democrática para tal. Por sua vez, para a tomada de decisão deverão ser considerados os efeitos e os impactos esperados com sua implementação. O uso da função derivada implica o acatamento, por aqueles que a preveem, dos impactos que se espera que ela produza. Nesse sentido, quando os efeitos extrapolam a jurisdição do ente que a previu, gera-se um **déficit de legitimidade**, que pode intensificar-se ainda mais no caso de efeitos internacionais, levantando o tema da soberania.

A segunda questão diz respeito à **extrapolação dos benefícios da função derivada para local diverso da jurisdição do ente que a institui e que arca com seus custos**. Arrowsmith e Kunzlik (2009, p. 120) destacam esse ponto tendo em vista a globalização e a participação de empresas estrangeiras em mercados internacionais: a depender da regra de função derivada, pode ocorrer, por exemplo, de o ente público contratante impor regra cujos benefícios esperados refletirão no país de origem da empresa, não no país contratante. Nesse caso, o ente público possivelmente pagará mais por benefícios que não ocorrerão no país, levantando o questionamento sobre a própria **eficácia da função derivada**, bem como o **desperdício de recursos públicos**.

A extrapolação dos benefícios poderá ocorrer especificamente nas situações em que a função derivada incide sobre características do contratante e seu processo produtivo. Nesses casos, tendo em vista a livre circulação de bens e produtos, e a possibilidade de empresas

contratarem com entes públicos que estão em local diverso de sua sede ou unidades produtivas, não necessariamente a função derivada impactará apenas o local do ente contratante. Por sua vez, a tendência é que essa desconexão entre local do ente contratante e local dos benefícios não ocorra nos casos de função derivada operacionalizada por meio de preferências locais, justamente porque lhes é inerente a delimitação dos benefícios ao local do ente contratante.

Os benefícios podem ser constatados no local do ente contratante e extrapolar sua jurisdição, ou podem nem mesmo gerar benefícios no local do ente contratante, mas apenas em local diverso. Embora ambas as hipóteses gerem a preocupação com o desperdício de recursos públicos, no segundo caso essa apreensão será certamente maior.

Note-se que, embora relacionada, a questão da extraterritorialidade não equivale às preocupações concorrenciais geradas pela função derivada, conforme abordado no item 5.2, e nem ao tema da globalização, conforme será tratado no item 5.5.3. Aponta-se que normas de função derivada podem ter impactos extraterritoriais – identificando como isso pode ensejar questões sobre sua legitimidade democrática e eficácia.

5.5.3 Globalização e liberalização do mercado internacional

Ainda pelo viés internacional, a função derivada pode trazer consequências também para o comércio internacional, altamente globalizado e com intensas trocas entre os países.

A regulação do mercado internacional, mediante o uso de tratados internacionais e acordos regionais, tem como premissa central a liberalização da economia, de modo a reduzir barreiras e a permitir o amplo comércio de produtos e serviços entre os países, isoladamente ou em blocos. Esses acordos trazem regras de condutas entre os países, regulando especialmente o uso de medidas protetivas – subsídios, taxas, quotas de importação/exportação – que possam levantar barreiras

para o comércio internacional. Não se veda essas medidas, mas sim são reguladas as situações em que se entende serem elas justificáveis, diante de aspectos diversos, inclusive de promoção do desenvolvimento socioeconômico de determinados setores ou regiões.

As contratações públicas são tema relevante na regulação do comércio internacional, justamente pela sua significância transversal a todos os países. As compras estatais representam, afinal, parcela relevante do PIB de países diversos, atraindo atores externos.

Contudo, a inserção de determinados requisitos nos processos de contratações públicas pode, pelo viés da importação, dificultar ou mesmo obstar a entrada de atores externos em determinado mercado, ou, pela perspectiva da exportação, colocar os produtos e serviços de determinado país em condição competitiva potencialmente mais vantajosa do que os bens locais.

Nesse sentido, eventuais restrições ou preferências nas contratações públicas, tais como as trazidas pela função derivada, além de ensejarem questões em relação à concorrência internacional (pelas perspectivas da importação e exportação), podem impactar o mercado global, trazendo consequências para as relações de comércio entre os países. Linarelli (2011, p. 446) bem resume o conflito, ao apontar que **“a justiça social [visada pela função derivada] não viaja bem para além das fronteiras nacionais”**.

Tanto é assim que existem, na ordem jurídica internacional, previsões específicas sobre quais restrições e preferências podem ser adotadas pelos países em suas contratações, e em quais condições. A legislação supranacional sobre contratações públicas surge da necessidade de eliminar barreiras comerciais não tarifárias, inseridas ao longo do processo das contratações públicas e que impediam, ainda que sem vedar expressamente, a competição igualitária entre atores internos e externos.

A uniformização das regras de contratações públicas tem se mostrado fundamental para promover a integração de mercados.³³⁴

No âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC (“*World Trade Organization – WTO*”), as primeiras negociações para a abertura das contratações públicas iniciaram-se em 1976, resultando no primeiro acordo sobre contratações públicas, chamado de “*Tokyo Round Code on Government Procurement*”, assinado em 1979.³³⁵ Atualmente, está vigente o “*Government Procurement Agreement – GPA*”³³⁶ (Acordo sobre Contratações Públicas, tradução livre), que tem por objetivo assegurar a competição aberta, justa e transparente pelo e no mercado de contratações públicas.³³⁷ Dos 164 membros da OMC³³⁸, 47 membros (organizados em 19 partes) são signatários do GPA. Embora o Brasil seja membro da OMC, ele não é signatário do acordo. A regra da não discriminação é um dos princípios basilares do acordo, prevendo que uma parte não deve conferir tratamento mais ou menos favorável, em suas contratações, para bens e serviços originários de outras partes do acordo (conforme art. IV do acordo). As partes não devem, ainda, aplicar regras de origem que não sejam aplicáveis aos fornecedores locais,

³³⁴ Fernandes (2010, p. 8) destaca a relevância da uniformização das regras pertinentes às compras estatais em países que passaram pelo processo de transição do regime socialista para o capitalista: “A agenda da integração incorporou o reforço à construção do arcabouço legal e organização da área nos estados menos desenvolvidos ou em transição do socialismo para o capitalismo, como é o caso dos países do leste europeu (WITTIG, 2003). Tornou-se necessário focar as compras como sistemas que articulam o arcabouço legal com as instituições políticas e a administração pública, além do mercado de fornecedores e a sociedade (ADB, s.d.). Nessa vertente, trabalhos com enfoque prescritivo indicam como requisitos da boa governança a transparência e a gestão e o controle adequados das compras governamentais (ITC, 2001)”.

³³⁵ Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Acesso em: 16/09/2016.

³³⁶ As diferentes versões do GPA estão disponíveis em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Acesso em: 10/09/2016.

³³⁷ Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Acesso em: 16/09/2016.

³³⁸ Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm. Acesso em: 16/09/2016

e nem impor medidas de compensação. O acordo prevê, contudo, a possibilidade de aplicação de regras diferenciadas para países em desenvolvimento, possibilitando exceções às regras de tratamento não-discriminatório (e outras), desde que mediante requisição do país em desenvolvimento e por prazo determinado (conforme art. V). Interessante notar que a OMC tem como um de seus pilares mais basilares o comércio sem discriminação, incluindo a determinação do tratamento igualitário entre estrangeiros e nacionais.³³⁹

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (*“United Nations Commission on International Trade Law”* – Uncitral), que sugere reformas regulatórias para modernizar e harmonizar as regras de comércio internacional³⁴⁰, também disponibiliza um modelo de lei sobre contratações públicas, datado de 2011.³⁴¹

No âmbito de blocos regionais, a regulação das contratações públicas mostra-se relevante para promover a integração entre seus membros. Nesse sentido, a União Europeia estabeleceu regras mínimas a serem observadas pelos Estados-membros nas suas contratações públicas, emitindo diretivas gerais. Já o Mercosul elaborou, em 2006, o “Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul”, que, entretanto, foi ratificado apenas pela Argentina³⁴². Tal como o GPA, o Protocolo adota o princípio do tratamento não discriminatório entre os países membros (art. 6º), bem como o tratamento dos países membros não inferior ao tratamento de nação mais favorecida (art. 5º).³⁴³

³³⁹ Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm. Acesso em: 16/09/2016.

³⁴⁰ Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>. Acesso em: 16/09/2016.

³⁴¹ Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html. Acesso em: 16/09/2016.

³⁴² Conforme <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/integracao-regional-e-comercio-exterior/contratacoes-publicas>. Acesso em: 19/09/2016.

³⁴³ Texto do Protocolo disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-contratacoes-publicas-do-mercosul-dec-no-23-06/>. Acesso em: 19/09/2016.

Esses exemplos mostram a relevância do tema das contratações públicas – de fato, do potencial de negócios que elas representam – para o comércio internacional.

O tensionamento da função derivada com as premissas do comércio internacional intensifica-se quando ela é utilizada como parte de uma política industrial nacional, isto é, como forma de proteção do mercado nacional contra a competição internacional. Nesse caso, há tensão com a inserção do país na economia globalizada, com preferência que segrega e protege a produção nacional. A discussão sobre os impactos de políticas de proteção nacional no comércio internacional não está, aliás, adstrita à função derivada, sendo tema bastante recorrente no âmbito das relações internacionais.

Relembremos que as preferências constitucionais para empresas nacionais, originalmente trazidas pela Constituição Federal em seu art. 171, foram criticadas em momento posterior, quando se optou por maior abertura da economia nacional para o mercado internacional. E, conforme visto no item 3.5, essas dificuldades aumentaram em razão da utilização de um critério formal (a origem do capital social) que, diante da globalização, não necessariamente seria capaz de proteger a produção nacional.

Meireles (2006, p. 338), discutindo as consequências da regulação internacional sobre contratações públicas quanto à função derivada, aponta que a regulação internacional tem premissas econômicas liberais e visa a assegurar o máximo de liberalização possível entre os mercados, removendo barreiras (inclusive as não-tarifárias) entre os países. Em razão disso, são criadas dificuldades para a função derivada, especialmente se ela está relacionada à proteção da indústria nacional.

Ainda em relação às políticas de proteção nacional, é interessante notar possível diferença de tensão com o mercado global entre políticas de **proteção do mercado nacional e de proteção contra o mercado**

internacional³⁴⁴. Essas últimas possuem, ao menos formalmente, aparência mais restritiva, na medida em que têm o objetivo direto de afastar os atores estrangeiros do mercado nacional, e portanto tendem a impactar mais fortemente os valores do comércio global.³⁴⁵

As contratações públicas mostram-se ainda relevantes para o comércio internacional porque o acesso a esse mercado pode servir de **moeda de troca em negociações internacionais**. Isso ocorre em setores estratégicos diversos, desde segurança e defesa nacional, até agropecuário, a depender da vocação econômico-produtiva do país. Notícia do jornal Valor Econômico (RITTNER; MARCHESINI, 2015) do final do ano de 2015, narrando a (então) intenção do governo em permitir maior abertura de suas compras públicas para estrangeiros, relata que o país **“vinha preferindo manter o direito de usar as licitações como instrumento de política industrial e jamais aceitou compromissos de abertura”**.³⁴⁶ A abertura do mercado de compras públicas, portanto, seria uma medida ofertada no âmbito de negociações comerciais internacionais, pela qual seriam exigidas contrapartidas diversas. Ainda conforme a notícia, **“[o] outro objetivo do governo é alcançar,**

³⁴⁴ Conforme diferenciação trazida por Trepte (2004, p. 153): “The issue of procurement policies which are designed to afford protection to domestic suppliers and products is inextricably linked to the existence and development of the global economy and international trade. Even if protective policies are primarily designed as a means to encourage domestic economic development, the means employed to achieve such development are likely to have an impact outside the national territory. The distinction, if any, lies in the emphasis between protection or support of domestic industry and protection against foreign competition and that is the arbitrary approach adopted here”.

³⁴⁵ Sennoga (2006, p. 237) aponta os impactos diferentes entre essas duas políticas, nos seguintes termos: “The mechanism for protection is important. As earlier indicated, free markets create competitiveness leading to increased innovation. Completely shutting out foreign competition from various sectors of the services industry will stifle innovation. The margin of preference for example should not be set at a level that completely shuts out foreign competition. It should become possible for a foreign firm that bids at favourably low prices to win a government contract. This will create an acceptable level of competition between domestic and foreign firms and will eliminate any possible complacency that would arise if no competition were allowed at all”.

³⁴⁶ Rittner e Marchesini, 2015.

oferecendo acesso de estrangeiros às compras públicas brasileiras, um resultado mais equilibrado em outras frentes de negociação”.

Por fim, na medida em que a inclusão de preferências e de restrições para acesso ao mercado de compras públicas pode ser utilizada para a promoção de políticas industriais, a função derivada pode configurar-se como mecanismo para **driblar regras de comércio global** – como aquelas que vedam a concessão de subsídios públicos para setores da economia nacional.

Tomem-se, por exemplo, denúncias, no âmbito da OMC, contra a política de subsídios adotada pelo Brasil para determinados setores. A concessão de subsídios diretos para setores privados nacionais, como parte de programas de conteúdo local, pode ser contestada por outros países no âmbito da OMC³⁴⁷; isso, contudo, não ocorreria no mercado de compras públicas, pois o Brasil não é signatário do acima mencionado GPA.

5.5.4 Eficácia e complexificação procedimental da contratação

Último ponto de tensionamento gerado pela função derivada diz respeito à aferição da eficácia tanto da função derivada, como da própria contratação pública.

Em relação à **eficácia da função derivada**, deve-se perquirir se o meio escolhido (contratação pública) é apto para satisfazer o fim (finalidade derivada). Ou, em outras palavras, qual seria a eficácia das contratações públicas para a efetivação, de forma indireta, de objetivos de políticas

³⁴⁷ Tanto que assim ocorreu, conforme, exemplificativamente, notícia do Valor Econômico: “A denúncia da União Europeia (UE) na Organização Mundial do Comércio (OMC) contra o Brasil, contra a concessão de subsídios para vários setores da economia, pode colocar em xeque outros programas de conteúdo local e tornar o governo brasileiro mais cuidadoso ao oferecer incentivos à indústria, segundo analistas” (WATANABE, 2014).

públicas diversos – e, em um caso concreto, qual a efetividade do uso da contratação em específico para a realização da finalidade derivada buscada.

Há maior dificuldade na análise da possibilidade de eficácia da finalidade adicional em comparação à função primária.

Conforme visto no item 2.3, a verificação da eficácia da função primária é relativamente simples e linear, porque a necessidade pública que enseja a contratação é claramente identificável no seu objeto. Logo, a execução contratual implicará a satisfação da necessidade pública envolvida na contratação e, pois, sua eficácia.

Já no caso da eficácia da função derivada, há dificuldades relacionadas, notadamente, à comprovação da satisfação de fins de políticas públicas, cuja eficácia está relacionada em geral com diversos outros fatores, havendo inclusive dificuldade na escolha do indicador apto a comprovar a eficácia da medida. A interferência de fatores diversos e a dificuldade de escolha de indicadores são questões típicas das políticas públicas e sua avaliação, e que são trazidas para o âmbito das contratações públicas com a função derivada.³⁴⁸

Exemplificativamente, há maior simplicidade em atestar a eficácia da satisfação da necessidade de transporte da população com a construção de ponte (função primária), do que o cumprimento do objetivo de maior inclusão de micro e pequenas empresas nessa contratação, por meio de preferência no preço (função derivada). No caso da função primária, a necessidade de transporte da população será cumprida com a construção da ponte que viabilize esse transporte. Já no caso da função derivada, é difícil tanto isolar os fatores que interferem na satisfação

³⁴⁸No campo das políticas públicas, há extensa bibliografia referente à avaliação de políticas públicas, inclusive para a construção de indicadores. Neste trabalho, contudo, não busco desenvolver o processo de avaliação dos resultados da função derivada, mas sim apontar a própria inexistência de preocupação quanto a essa avaliação, bem como as dificuldades por ela geradas.

do objetivo visado (e assim identificar o papel da função derivada no alcance do fim), como também definir o indicador apto a atestar o fim visado (por exemplo, se a inclusão será medida a partir do número de micro e pequenas empresas que apresentaram propostas, ou a partir do número de propostas apresentadas por micro ou pequena empresa). Outro exemplo da dificuldade de atestação da eficácia da função derivada seria a hipótese da exigência de emprego de mão de obra desempregada há longo tempo: esse requisito pode ser capaz de promover a inclusão do grupo visado, mas pode ensejar menos contratações de pessoal pelas empresas, como forma de compensar os custos adicionais eventualmente incorridos na execução dessa exigência.

Os óbices para a constatação da eficácia da função derivada iniciam-se já com a pouca clareza quanto aos objetivos visados. Qual é a medida adequada de sucesso, nos casos de preferências concedidas durante o processo de escolha da melhor proposta: o aumento da participação do grupo beneficiado na licitação, o aumento do número de contratos adjudicados para o grupo beneficiado, ou o aumento quantitativo do grupo beneficiado no setor produtivo? Ainda, exemplificamente, poder-se-ia criticar os decretos federais que concedem margens de preferência para produtos e serviços nacionais pelo caráter pouco inovativo dos objetos a que se dirigem tais preferências (conforme item 3.8.1.1). No entanto, tendo em vista os critérios arrolados nos estudos econômicos necessários para sua previsão, o objetivo das margens de preferência parece estar mais relacionado a estímulo ao setor produtivo nacional como um todo.

Além disso, há problemas gerados em razão da ausência de dados, essenciais para identificar a eficácia (bem como efetividade) da função derivada. É imprescindível para essa análise ter um conjunto de dados capaz de ofertar um diagnóstico relacionado ao fim derivado visado, antes e após a implementação da função derivada. A “incontestabilidade” dos fins derivados visados – notadamente, a promoção de direitos

sociais – pode contribuir para o descuido no levantamento dos dados necessários para avaliar a eficácia do meio escolhido para a promoção desses fins.³⁴⁹

A função derivada pode, por sua vez, afetar a própria **eficácia da contratação**, especialmente se afetar a qualidade de seu objeto. Nesse caso, a introdução da adicionalidade pode diminuir a eficácia na satisfação da função primária da contratação, impactando a maneira como a necessidade pública que a justifica é atendida.

A eficácia da função derivada deve ser particularmente perquirida nos casos em que a função derivada é escolhida exatamente porque outros instrumentos mais diretos de implementação de um fim público falharam.

5.6 Conclusões parciais

O movimento da função derivada, com suas diferentes características possíveis, gera consequências relevantes para o sistema de contratações públicas no Brasil, que devem ser observadas tanto na formulação de hipóteses de função derivada, como na sua efetiva adoção para determinada contratação.

Primeiramente, há uma **complexificação do procedimento de contratação pública**, que decorre, inicialmente, da transição do conteúdo das regras de contratação pública, que passam a não mais

³⁴⁹ Analisando os resultados de políticas de licitações sustentáveis, a OCDE (2003, p. 77) elenca alguns possíveis motivos para explicar a inexistência de dados relevantes sobre essas práticas de licitações sustentáveis, dentre os quais porque “é a coisa certa a ser feita”: “GPP [Green Public Procurement] is not controversial, and therefore, not heavily scrutinised - GPP programmes do not appear to be overtly intrusive as they do not have direct fiscal or legislative implications for industry, and private sector participation is voluntary. Because it is the ‘right thing to do’, the impetus for evaluations may not be strong. This is supported by the observation that evaluations or other data was typically more available for GPP programmes that were a political priority or that involved the private sector”.

regular apenas **como comprar**, mas também **o que comprar** – e, por vezes, até mesmo **de quem comprar**. Mas a complexificação também provém da própria **diversificação dos objetivos visados** pela contratação pública, que enseja desafios para a verificação da eficácia da contratação e para dificuldades relacionadas à boa governança contratual, sobretudo considerando que quanto mais finalidades são trazidas para a contratação pública, mais esse processo tende a se burocratizar para lidar com todas essas questões.

É importante ter essa complexidade em vista, no momento de prever, em termos normativos, novas hipóteses de função derivada. O **tipo de diploma normativo** que traz a função derivada – se lei ou ato infralegal; se diploma geral ou específico – pode aumentar a complexidade das contratações públicas. Ademais, é importante também neutralizar a tendência de aumento da complexidade com maior transparência e segurança jurídica na aplicação da função derivada para os possíveis interessados na contratação, bem como para os entes contratantes.

A função derivada traz também **tensões entre os valores das contratações públicas**, uma vez que as finalidades visadas pela função primária e função derivada da contratação pública são pautadas por lógicas distintas, que podem até mesmo se contrapor. A depender de diferentes variáveis, a função derivada traz tensões, em menor ou maior grau, em relação (i) à **isonomia**, uma vez que ela gera desequilíbrio que, por sua vez, onera os grupos ou setores não privilegiados; (ii) à **competição pela contratação**, sendo que a função derivada pode reduzir, em maior ou menor grau, o número de concorrentes que disputam a contratação; (iii) à **concorrência no mercado produtivo, nacional e internacional**, uma vez que os benefícios ou ônus adicionais podem trazer distorções para o mercado produtivo.

Assim, ainda que o fim derivado visado possa ser justificado no âmbito de uma política pública específica, sua colocação de forma indireta na contratação pública pode conflitar com os valores tradicionais da

contratação. É necessário que a previsão e utilização da função derivada reconheça esses conflitos, e que o legislador e o gestor público contratante busquem harmonizá-los.

Além disso, a função derivada reconfigura os fins buscados pela contratação, com impactos sobre **preço e qualidade do objeto específico** e da **contratação como um todo**, reconfigurando as características do que será contratado ou de quem será contratado. A função derivada pode reduzir, aumentar ou manter o preço e a qualidade do objeto a ser contratado, ensejando redução, aumento ou manutenção da eficiência da contratação e reconfigurando a melhor proposta de diferentes formas.

Ocorre que a função derivada agrega nova qualidade (e finalidade) à contratação que, além de não ser essencial para a função primária do objeto contratado, não necessariamente interferirá de forma positiva na qualidade desse objeto. Se a função derivada não ensejar aumento do preço ou perda da qualidade da contratação, inexistirá questão a ser ponderada. Por sua vez, deve-se avaliar se os benefícios a serem trazidos pela função derivada podem compensar eventual aumento de preço ou perda de qualidade.

A função derivada gera, ainda, a questão sobre sua **legitimidade democrática**, na medida em que ela pressupõe decisão de alocação de recursos públicos e de *"trade-off"* com outros valores, afastando, parcial ou totalmente, os valores da menor proposta, isonomia e competição. A função derivada interfere, ainda, na liberdade empresarial, ensejando consequências para o processo produtivo do setor privado. Diante disso, a depender da forma como é prevista e implementada, pode gerar questões relacionadas ao **esvaziamento da atuação do Legislativo** ou mesmo à **fuga das competências dessa instituição**; às possíveis **distorções na forma de distribuição de direitos por meio da função derivada**; e à falta de **transparência e segurança jurídica**, especialmente quando adotada sem prévia decisão central de política pública.

Do mesmo modo, a existência de **múltiplas esferas que podem regular (em termos normativos, legal e infralegal) a função derivada em cada esfera federativa e dentro de cada estrutura estatal** também gera conflitos com a **segurança jurídica, transparência e “accountability”**.

Essa multiplicação e pulverização de fontes de função derivada igualmente deve ser considerada e enfrentada tanto por quem prevê a função derivada, como por quem a aplica. Para cada hipótese de função derivada, deve-se equilibrar o conteúdo da regulação no âmbito legal (de modo a trazer maior legitimidade, transparência e segurança jurídica), e a discricionariedade a ser conferida tanto para a regulação em âmbito infralegal, como para sua regulação em cada caso concreto (conferindo espaço para adequações necessárias diante das peculiaridades de casos específicos).

A função derivada pode trazer **impactos para fora da jurisdição do ente que a estabelece** (normativa ou concretamente), gerando a questão da ausência de legitimidade democrática por quem a institui sobre o território exterior, bem como da possível extrapolação dos benefícios da função derivada para local diverso da jurisdição do ente que a institui e que arca com seus custos. Ademais, as restrições ou preferências trazidas pela função derivada podem afetar o **mercado global**, com consequências para as relações internacionais de comércio entre os países. Destarte, os impactos da função derivada, notadamente no tocante aos efeitos extraterritoriais e de comércio global, devem ser igualmente observados quando da previsão e utilização da função derivada.

Por fim, deve-se considerar as dificuldades geradas pela função derivada em relação à **eficácia da contratação**, seja porque pode dificultar a **aferição** da eficácia da contratação pública ou da própria função derivada, bem como afetar a própria **eficácia da contratação pública** (especialmente se função derivada afetar a qualidade de seu objeto).

Todas essas tensões e potenciais conflitos trazidos para as contratações públicas não impedem, de início, o uso da função derivada. Mas eles devem ser identificados e conhecidos, tanto pelo legislador, como pelo gestor público contratante, para que (i) se tome uma decisão mais informada sobre as consequências da ação governamental e, mais precisamente, do instrumento escolhido para sua veiculação (o uso da contratação pública); e (ii) sejam harmonizados a partir da consideração dos possíveis efeitos contraditórios que podem ser gerados na contratação pública.

Entendo que há três principais fatores que influenciam no grau de tensionamento na perspectiva das contratações públicas: (i) a técnica; (ii) o **conteúdo** em si da função derivada; e (iii) as **características** do mercado. Esses fatores, combinados, interferem (i) no **grau de impacto para os não beneficiados** pela função derivada; (ii) na **eficiência** – custo e qualidade – da contratação; e (iii) na **eficácia** das funções primária e derivada da contratação. Dessa forma, legislador e gestor público contratante devem atentar para a forma de combinação desses fatores, de modo que o uso da função derivada cause o menor grau de tensionamento possível.

6

O PONTO DE CHEGADA: PERSPECTIVAS PARA A FUNÇÃO DERIVADA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Resumo do capítulo

No capítulo conclusivo, são apresentadas duas respostas ao movimento da função derivada das contratações públicas no Brasil.

A primeira resposta é que a função derivada deve ser evitada pelo legislador e gestor público. A contratação deve ser prioritariamente utilizada para o cumprimento de sua função primária, clara e diretamente inserida no objeto da contratação, de modo a satisfazer a necessidade pública que a origina.

A segunda resposta é a de que, caso se opte por utilizar a função derivada, há fatores que devem ser considerados tanto pelo legislador, como pelo gestor público, de modo a reduzir ou, eventualmente, neutralizar as tensões entre função primária e função derivada, sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública.

6.1 Introdução

Vimos que, por um lado, a função derivada já é realidade normativa e prática no Brasil. Conforme se buscou demonstrar no Capítulo 3, há um movimento que aponta para a consideração das contratações públicas como instrumento apto a impactar e direcionar o setor produtivo para a promoção de fins públicos diversos, o que culminou na edição de quase oitenta regras de função derivada, apenas em âmbito legislativo (sentido estrito) nacional.

Por outro lado, a função derivada, apesar de sua potencialidade como instrumento de políticas públicas (conforme fundamentos para o uso da função derivada apresentados no item 4.4), aumenta a complexidade e traz tensões para as contratações públicas (abordados no Capítulo 5), sobretudo pelo modo indireto e oblíquo com que o novo fim é incorporado à contratação.

Como reagir, então, ao movimento da função derivada das contratações públicas no Brasil? Entendo que há duas respostas sucessivas e complementares para essa pergunta.

Antes, contudo, ressalto que adoto como premissa propositiva o entendimento de que a ação governamental deve: (i) buscar sua máxima **racionalização**, com vistas à melhor satisfação possível das necessidades públicas que a justificam; (ii) deter **legitimidade**; e (iii) preservar **segurança jurídica, previsibilidade e transparência**. Para isso, a decisão quanto à forma e ao conteúdo da ação governamental – tanto legislativa, como do gestor público – deve ter em vista que toda atividade estatal envolve escolhas, que devem ser tomadas a partir de fatos subsídios e com ampla fundamentação.

Trazendo essas considerações mais abstratas para o caso da função derivada, e considerando que as contratações públicas são formas de ação estatal, a regulação das contratações públicas deve sempre buscar diminuir sua complexidade e harmonizar seus conflitos internos, arbitrando os diferentes valores (e interesses) envolvidos.³⁵⁰ As escolhas relacionadas aos fins e aos valores das contratações públicas devem ser legitimadas a partir de um processo que permita harmonizar os

³⁵⁰ Abordando os desafios para melhorar a qualidade da relação entre políticas públicas e direito, Sundfeld e Rosilho (2014, p. 77) trazem a necessária busca da diminuição da complexidade: “O terceiro dos desafios é o da diminuição da complexidade. Partindo-se da premissa de que as normas e os atos jurídicos envolvem ônus e custos (para serem editados, aplicados, interpretados etc.), extrai-se a conclusão de que é preciso racionalizar seu uso, de modo a serem evitados desperdícios, de recurso e de tempo, bem como evitados desvios. Não se está, aqui, defendendo que haja necessariamente menos normas, que se desregule ou se diminua o Direito. A ideia é que se meça o custo-benefício da complexidade, antes de aumentá-la”.

diferentes interesses envolvidos em tensão, de forma transparente e planejada, com segurança jurídica e estabilidade.

Voltando à avaliação frente à função derivada, e tendo em vista as tensões e complexificações que ela traz para as contratações públicas, a primeira resposta a esse movimento é que **a função derivada deve ser evitada pelo legislador e gestor público**. Isto porque ela *(i)* **impacta o custo e a qualidade das contratações, até mesmo colocando em risco a satisfação da função primária;** *(ii)* **tensiona-se com os valores da competição e da isonomia;** *(iii)* **dificulta a boa governança da contratação, trazendo inclusive maior burocratização e litigiosidade;** *(iv)* **sua eficácia é de difícil demonstração**. Diante disso, a contratação deve ser prioritariamente utilizada para o cumprimento de sua função primária, clara e diretamente inserida no objeto da contratação, de modo a satisfazer a necessidade pública que a origina. Ou, dito de outro modo, as necessidades públicas devem ser trazidas para as contratações públicas de forma direta, como sua função primária. Ressalto, contudo, que não estou afirmando que há invalidade ou ilegitimidade jurídica *a priori* na previsão, pelo legislador, ou no uso, pelo gestor público, de regras de função derivada.

A segunda resposta é a de que, **caso se opte por utilizar a função derivada, há fatores que devem ser considerados tanto pelo legislador, como pelo gestor público, de modo a reduzir ou, eventualmente, neutralizar as complexificações e tensões trazidas pela função derivada**. A decisão sobre quando e como utilizar a função derivada deve ser tomada visando a **harmonizar as tensões entre função primária e função derivada**, sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública, e considerando-se: *(i)* a forma de **institucionalização** da função derivada; *(ii)* os **limites da reconfiguração da “melhor proposta”**; *(iii)* as consequências de suas diferentes **técnicas**; *(iv)* a sua adequada **processualização e motivação**; e *(v)* a existência de **mecanismos para seu controle e sua avaliação**.

Essas duas respostas não são contraditórias, porque partem de momentos diferentes de tomada de decisão. A primeira, no momento inicial de tomada de decisão (uso ou não uso da função derivada), apresenta o juízo da conduta propositiva mais ideal, de melhor prática para as contratações públicas (e de promoção de políticas públicas), a partir dos resultados aqui obtidos: o uso da função derivada deve ser evitado. A segunda considera a tomada de decisão pelas instituições competentes quando decidem utilizar a função derivada, e adota abordagem prática propositiva de como melhor usar esse instrumento.

Busco detalhar a primeira resposta ao movimento de função derivada no item 6.2, dedicando-me a ponderar os cuidados para seu melhor uso no item 6.3.

6.2 Afinal, para o que servem as contratações públicas?

As contratações públicas servem para satisfazer a necessidade pública primária que efetivamente a enseja e justifica, estando o objeto da contratação (aquisição de bem, prestação de serviço ou execução de obra) clara e imediatamente relacionado a esse fim.

Sendo a contratação um instrumento de ação estatal, ela estará fundada e pautada na satisfação de uma necessidade pública. A contratação deve direcionar-se, portanto, para a satisfação dessa necessidade que a enseja e fundamenta, representada pela sua função primária.

A inclusão de novos fins derivados, não essenciais para a satisfação dessa necessidade pública primária que justifica a contratação, e que são nela colocados de forma indireta e oblíqua, traz para as contratações públicas tensões e conflitos que não lhe são originários e nem necessários para a consecução da necessidade pública primária.

A contratação pública já enfrenta dificuldades processuais para sua implementação, devendo observar uma série de regras e procedimentos formais. Ademais, é certo também que há vários conflitos de valores que podem ser constatados na contratação pública, em sua função primária. Nesse cenário, a **função derivada adiciona fator de complexidade para a contratação pública**, em razão da multiplicidade de interesses envolvidos – gerando inclusive **risco de inviabilizar sua função originária**. O objeto da contratação (que, reitera-se, está diretamente relacionado com a satisfação da necessidade pública primária que origina o procedimento) **pode ser negativamente impactado em seu custo e qualidade, gastando-se mais por objeto de pior qualidade**. Há dificuldades adicionais que são geradas para o **processo em si** (possibilidade de aumento de impugnações, recursos e outras reclamações administrativas ou judiciais), que decorrem da **redução da competitividade** e da introdução de regras de **preferências** da contratação, bem como desafios gerados para o acompanhamento do cumprimento da função derivada. A função derivada suscita, ainda, **dificuldades relacionadas à boa governança**: quanto mais questões são trazidas para a contratação pública, mais esse processo tende a se burocratizar para ser controlado. A **maior complexidade e litigiosidade** aumentam os custos de transação, e atrasam a satisfação da necessidade primária visada pela contratação. Há também maior possibilidade de **interferências de órgãos externos de controle**, diante dos conflitos gerados – o que atrasa e tende a encarecer ainda mais a obtenção da necessidade visada.

Os conflitos são potencializados tendo em vista o **procedimento de contratação pública adotado no Brasil**, que praticamente não admite negociação efetiva entre as partes interessadas. Isso faz com que as restrições, obrigações ou preferências trazidas pela função derivada sejam representadas como ônus adicional a ser arcado pelo possível contratado (ônus a ser monetizado e repassado para as propostas), e não como efetivo instrumento de barganha para o ente contratante obter uma contratação mais vantajosa.

Mencione-se, ainda, ser difícil identificar a real **eficácia da função derivada** como instrumento de políticas públicas, tanto em casos específicos, como de forma geral. Aliás, parece inexistir preocupação em **justificar a própria adoção da função derivada**, ou a escolha de sua técnica e de seu conteúdo. A análise dos casos da margem de preferência para produtos e serviços nacionais (item 3.8.1) e micro e pequenas empresas (item 3.8.3) demonstrou que, no processo legislativo, nenhum fundamento é trazido nem para a escolha das técnicas utilizadas, nem para o seu conteúdo.

Parece igualmente inexistir preocupação com a **avaliação dos resultados desse instrumento** para a realização dos fins propostos – como se o acerto da implementação dos fins derivados (promoção de grupos hipossuficientes, proteção ambiental, fomento da indústria nacional) fosse suficiente para justificar a escolha do instrumento em si. Por sua vez, quando estudos prévios e posteriores existem, eles são de pouca transparência – como no caso da margem de preferência nacional (item 3.8.1) – ou de difícil comparação – como observado no caso das medidas de “*offset*” (item 3.8.2).

Nesse contexto, **é complexo responder, de forma objetiva, se vale a pena gastar mais (ou, então, comprar com pior qualidade) para promover esses fins públicos por meio das contratações públicas.** Ou seja, complexifica-se (ainda mais) as contratações públicas, tensões são geradas, pode-se gastar e impactar negativamente a qualidade do objeto primário da contratação, mas não se sabe, exatamente, se e em qual medida os fins derivados estão sendo alcançados.

Diante de todas essas questões geradas pelas características da função derivada, entendo que a contratação pública deve ser preferencialmente reservada ao cumprimento da finalidade primária que lhe é atribuída, de forma objetiva e direta, devendo-se evitar a inclusão de fins derivados. A função derivada deve ser evitada não porque ela é, por si mesma, complexa, mas sim porque ela complexifica ainda mais a contratação pública.

Caso, dentre os diversos instrumentos de política pública, opte-se por estruturar e operacionalizar a ação estatal por meio da contratação pública, **os fins a serem satisfeitos devem ser colocados como a própria função primária da contratação.** Instrumentos regulatórios estruturados de forma direta trazem maior transparência, segurança jurídica, eficiência e eficácia do que com o uso da função derivada. A colocação do fim visado como o próprio objeto da contratação diminui os conflitos gerados pela função derivada em relação aos valores de isonomia, competição e concorrência.³⁵¹

As contratações públicas podem, sim, servir para a promoção de políticas socioeconômicas. Mas, para evitar tensões e dificuldades quanto à eficiência e eficácia na satisfação de finalidades sociais, **esses objetivos devem ser preferencialmente colocados como o fim primário da contratação, e não de forma indireta e oblíqua.**

Não vejo óbices, portanto, no uso do poder de compra estatal para estimular setores ou promover determinadas atividades – desde que tal uso seja feito de forma direta, com a contratação tendo por objeto e fim o fomento desses setores ou atividades. São, por exemplo, os casos dos contratos de fomento, que têm por finalidade, justamente, promover determinado setor ou atividade, por meio da concessão de benefícios diversos (tais como treinamentos, cessão de uso bens públicos, simplificações burocráticas, repasse de recursos financeiros, empréstimos em condições favorecidas).

A crítica e o ceticismo deste trabalho são quanto ao uso da contratação pública para satisfazer fins que são indiretamente nela colocados, uma vez que essa forma oblíqua de contratualização da ação governamental traz conflitos, insegurança jurídica e falta de transparência. Não contesto,

³⁵¹ Como aponte no início do Capítulo 5, relembro aqui muitos dos conflitos identificados não são gerados, exclusivamente, por conta da função derivada, já podendo ser constatados na função primária das contratações públicas. Contudo, ainda que já presentes na função primária, a diversificação dos fins das contratações públicas irá pontencializar os conflitos existentes, bem como criar novos tipos de tensões.

portanto, a ampliação do âmbito da contratualização da atividade administrativa – com a maior satisfação de fins públicos por meio das contratações públicas – mas, sim, a colocação de fins derivados.

O entendimento no sentido de que se deve evitar a função derivada não se contrapõe ao movimento de melhor qualidade das contratações públicas, visando tanto ao dimensionamento mais adequado – e de forma mais ampla – dos custos e benefícios, como à contratação com maior qualidade. A mais adequada especificação técnica do objeto, considerando as necessidades envolvidas, e a melhor identificação dos custos e benefícios a serem gerados ao longo de toda a contratação, são movimentos que não se confundem com a função derivada. Ressalte-se, aliás, que a função derivada pode ensejar a contratação de um objeto com pior qualidade, opondo-se ao movimento por melhor qualidade das compras estatais.

Tampouco se nega a relevância da facilitação de acesso ao mercado de contratações públicas, especialmente no caso de grupos que possam apresentar maior dificuldade na compreensão e satisfação de todos os requisitos necessários. Nesse caso, contudo, a facilitação deveria ser visada de forma irrestrita, com a simplificação dos procedimentos de contratação pública para todos (o que ampliaria seu acesso e a competição), e a adoção de medidas de treinamento e incentivos para a capacitação geral dos interessados em contratar com a administração pública (e, com isso, também se promoveria maior facilidade no acesso ao mercado das contratações públicas).

6.3 Em busca da harmonização entre função primária e função derivada

Caso, contudo, opte-se por utilizar a função derivada, é necessário identificar os conflitos que podem surgir, sendo que sua previsão e seu uso, pelo legislador e pelo gestor público, devem buscar harmonizar tais tensões.

Inicialmente, pode-se indagar se, diante do cenário normativo em que já há várias experiências de função derivada, ainda faria sentido separar função primária e função derivada. De fato, essa separação poderia dar a ideia (equivocada) de que existiriam duas etapas diferentes e sucessivas de decisão, como se, primeiro, houvesse a decisão isolada de “eficiência” (função primária), e depois a decisão isolada de “valor” (função derivada). Na realidade, nem essa divisão existe na prática (ao menos não de forma tão clara), e nem são escolhas cronologicamente sucessivas.

Ainda assim, é importante fazer essa separação para bem delimitar o objeto da contratação e as necessidades que ela deve satisfazer. A ausência de clareza quanto ao objetivo que a contratação deve alcançar tende a trazer irrationalidade para a tomada de decisões. Deve-se compreender quais funções a contratação pública deve ou pode cumprir – e quais finalidades lhe podem ser imputadas –, sendo que a divisão entre função primária e função derivada auxilia na delimitação e na solução das questões ensejadas com a diversificação dos fins da contratação pública.

Conforme mencionado no Capítulo 2, há diversos fins, objetivos e valores que podem ser buscados pelo Estado nas suas contratações, cabendo a cada sistema jurídico escolher e combinar seus próprios valores. No Brasil, os valores escolhidos como cerne da função primária das contratações foram isonomia, competição e eficiência. Mas, ainda assim, por vezes um ou outro desses valores foi flexibilizado pela legislação para comportar outros objetivos.

Entendo que a principal baliza a ser observada nessa combinação (e harmonização) de valores é que **função derivada não pode impedir ou inviabilizar a função primária (a realização do objeto contratual, com a satisfação da necessidade pública primária que origina a contratação), sob pena de completa descaracterização da contratação pública.** Nesse sentido, a expressão “função derivada” pode demonstrar

relação de subordinação da finalidade derivada em relação à satisfação da finalidade primária e original da contratação, sendo que, em caso de conflito na implementação dessas funções, a primária deve prevalecer.

No entanto, a subordinação da função derivada à função primária da contratação não significa que valores tradicionalmente imputados à função primária não possam ser flexibilizados para a compatibilização da função derivada. A função primária deve ser assegurada prioritariamente em relação à função derivada apenas **em termos de sua eficácia** (efetiva execução do objeto primário), e não em relação aos valores-meios de isonomia, eficiência e competição.

Isso porque a função derivada é subordinada à satisfação e à eficácia da função primária da contratação, no sentido de que a viabilidade da execução do objeto do contrato (fornecimento do bem, prestação do serviço ou entrega da obra) deve ter preferência em relação à introdução da finalidade adicional e secundária. Porém, a relação de subordinação não necessariamente permanece em caso de conflito entre, por um lado, a entrega do objeto primário de forma eficiente, isonômica ou com a máxima competição, e, por outro, a satisfação da função derivada. Nesse caso, estaremos diante de conflito entre os valores da função primária e função derivada, que deve ser decidido caso a caso, seja pelo legislador, seja pelo gestor público.

A questão é, portanto, como prever e utilizar a função derivada, de modo a (i) não frustrar a realização do objeto da contratação (função primária) e (ii) harmonizar, ao máximo possível, os conflitos que ela tende a gerar.

Para isso, a função derivada deve ou se amoldar ao sistema no qual ela será incorporada ou alterá-lo. Ainda que caiba a cada sistema de contratações definir, legitimamente, seus próprios valores e objetivos, ele deve harmonizá-los, em termos materiais e procedimentais, **lidando de frente com as tensões geradas pela função derivada**, sob pena de

umentar a litigiosidade e a insegurança jurídica, e de colocar em risco todos os objetivos da contratação. Portanto, uma vez tomada a decisão política quanto aos valores a serem perseguidos pelas contratações públicas, é imprescindível que o procedimento de contratação seja compatibilizado, de modo a comportar e equilibrar esses valores.³⁵²

Tendo em vista a necessidade de preservação da satisfação da função primária, deve-se ponderar até que ponto a função derivada pode impactar as características (técnicas e econômicas) do objeto da contratação. Já em relação aos valores de eficiência, isonomia e competição, deve-se avaliar em quais situações e em qual medida esses valores podem ser flexibilizados frente à função derivada.

Nesse cenário, a decisão pelo uso da função derivada deve ser tomada buscando-se a **harmonização das tensões entre função primária e função derivada**, e sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública.

A harmonização deve ser visada em dois momentos principais de tomada de decisão, tanto no processo legislativo, como no processo administrativo: (i) na etapa de decisão quanto ao uso ou não uso da função derivada (escolha que se pauta essencialmente na decisão de eficiência versus outros valores políticos); (ii) uma vez tomada a decisão pelo uso

³⁵²Trepte (2004, p. 190) ressalta a importância de expressa compatibilização dos valores do sistema de contratações, especialmente em relação às tensões geradas pela função derivada: "It is submitted that the most appropriate option is to amend existing legislation such that secondary policies are properly recognised as derogating from the primary objectives of the regulation. If amendment is not possible as a result of a failure to agree, in an international context, on the precise scope and nature of the secondary policies to be pursued, then the whole question of the legitimacy of that policy is opened to question and the issue of discrimination comes to the fore.". Ainda: "There can be no objection, in principle, to the pursuit of secondary policy objectives where they do not otherwise offend against the provisions of the regulation, even where unforeseen. The difficulty is simply one of compatibility and of seeking ways to secure inclusion without falling foul of the existing provisions. Where the pursuit of secondary objectives is consistent (or could be consistent) with the substantive objectives of the regulation but incompatible with its procedural requirements, then it is further submitted that such regulation should be modified to enable the pursuit of acceptable secondary policies" (TREPTE, 2004, p. 136).

da função derivada, na **etapa de implementação** (assegurando-se a preocupação pela eficácia e eficiência da contratação).

Em ambos os casos, as etapas do processo de decisão devem abarcar, de modo a racionalizar a atividade legislativa e administrativa: *(i)* a identificação da necessidade pública a ser satisfeita (no caso, o interesse derivado); *(ii)* o diagnóstico da situação; *(iii)* a identificação e a avaliação das alternativas existentes, com a análise dos impactos positivos e negativos, bem como dos custos e benefícios que se espera obter em cada alternativa; e *(iv)* a tomada de decisão.

Entendo haver cinco principais temas a serem observados para balizar esse processo de tomada de decisão sobre quando e como utilizar a função derivada: *(i)* a **institucionalização** da função derivada, isto é, como a função derivada deve ser incorporada ao sistema de contratações públicas no Brasil; *(ii)* os **limites da reconfiguração da melhor proposta** pela função derivada; *(iii)* a atenção às **técnicas** possíveis de função derivada e aos diferentes impactos que cada uma pode causar; *(iv)* a **processualização e motivação** da previsão e do uso da função derivada; e, por fim, *(v)* a formulação de **mecanismos de controle e avaliação** da função derivada. Passo a analisar cada um desses pontos nos itens seguintes.

6.3.1 Institucionalização da função derivada

A decisão quanto ao uso (ou não uso) da função derivada sempre envolverá uma escolha de priorização na alocação de recursos públicos. Mesmo a decisão de não utilizar a função derivada implica a escolha de favorecimento de valores como a eficiência, a isonomia e a competição, com a não alocação de recursos para a realização de fins derivados por meio das contratações públicas. Há diversos objetivos que podem ser visados pelo sistema de contratação (alguns contraditórios entre si), parecendo ser inviável impor que a contratação alcance todos esses objetivos simultaneamente – surgindo a necessidade de escolhas e

de definições sobre quais valores prevalecerão, quando e com quais condições.³⁵³

A questão, portanto, é a de quem decidirá sobre tal alocação, e como essa decisão será tomada. A discussão sobre a melhor institucionalização da função derivada relaciona-se com o aperfeiçoamento do procedimento de tomada de decisão quanto à alocação de recursos públicos escassos.

A definição da forma mais adequada de institucionalização da função derivada perpassa duas questões centrais. A primeira, sobre a **quem caberá decidir pelo seu uso, se ao legislador ou ao ente público contratante** – e qual o grau de normatização da regra de função derivada a ser estabelecida pelo legislador. A segunda, agora com foco na institucionalização da função derivada no âmbito do ente contratante, sobre **qual o grau de centralização ideal da regulamentação quanto ao seu uso**. O enfrentamento dessas questões implica a ponderação quanto ao “grau ótimo” de distribuição da regulação da função derivada entre os diferentes instrumentos que podem ser utilizados: lei em sentido estrito; regulamento (com normatização geral e abstrata, bem como centralizada no chefe do Executivo, se for por decreto); e procedimento de contratação, notadamente por meio do edital de licitação (normatização específica e concreta, desconcentrada e descentralizada).

³⁵³Schooner (2002, p. 1-2) aponta, inicialmente, os diversos objetivos que podem ser visados por um sistema de contratação: “Unfortunately, it is difficult to articulate objectives for a procurement system. There are many options, and most are contradictory. This paper will briefly address nine goals frequently identified for government procurement systems: (1) competition; (2) integrity; (3) transparency; (4) efficiency; (5) customer satisfaction; (6) best value; (7) wealth distribution; (8) risk avoidance; and (9) uniformity.” Ao final, conclui ser impossível que o sistema de contratações públicas alcance todos esses valores, surgindo então a necessidade de “trade-offs”: “No system can achieve all of these goals. Nor can a state expect that its objectives for its system will remain constant over time. Determining which goals are most important is a daunting, ever-evolving challenge. Because no system can achieve all of the goals here (or the many not discussed), your desiderata entails important tradeoffs. There are significant transactional, economic, and social costs associated with maximizing transparency, integrity, and competition. Nonetheless, the author believes these costs are an excellent long-term investment” (Schooner, 2002, p. 17).

Na análise dessas questões, alguns valores particularmente relevantes para o tema das contratações públicas devem ser cotejados: **segurança jurídica, estabilidade, transparência e clareza (fácil compreensão)** das regras de função derivada.

A função derivada traz normas que podem demandar adaptações do mercado produtivo, sendo necessário tempo para sua adequação (de modo a, inclusive, preservar a competitividade) e para o retorno dos investimentos necessários para essa adaptação.³⁵⁴ A criação de mercado a longo prazo é, aliás, um dos fundamentos (e objetivos) das políticas de desenvolvimento (KATTEL; VEIKO, 2010, p. 380) – e, no caso das regras de função derivada, busca-se ainda a criação de um mercado com características específicas. Além disso, é necessário que as regras possam ser de clara compreensão para os atores do mercado de contratações públicas: beneficiados, interessados na contratação, entes contratantes e órgãos de controle.

Deve-se considerar, ainda, que a deliberação pelo uso da função derivada enseja não apenas uma decisão alocativa de recursos públicos, mas a intervenção na liberdade empresarial, bem como a opção pela prevalência da racionalidade política em detrimento da racionalidade econômica contratações públicas, gerando tensões com seis valores tradicionais.

³⁵⁴ No estudo da Secretaria de Assuntos Legislativos (2013, p. 237), uma das recomendações para nortear a política de licitações sustentáveis é conferir segurança jurídica por meio de critérios estáveis, para assegurar maior competitividade, bem como para compensar os esforços do mercado de adaptação às regras de função derivada.

Diante desses valores, algum **grau de legalização e de centralização da função derivada é necessário**, por ser capaz de propiciar legitimidade democrática, segurança jurídica, transparência e clareza das regras.³⁵⁵

Nesse sentido, a função derivada deve ser **expressamente autorizada em lei**, de modo a (i) derrogar expressamente os valores tradicionalmente aplicáveis às contratações públicas, possibilitando a incidência daqueles trazidos pela função derivada; (ii) tornar claro e expresso o processo de negociação e escolhas envolvido na função derivada, permitindo que eles sejam decididos por quem mais detém legitimidade democrática para tomar decisões alocativas; e, com isso, (iii) harmonizar o sistema de contratações públicas, adaptando (ou revogando) as regras vigentes.

A simples autorização para o uso da função derivada por regra legal já é capaz de lhe conferir maior grau de legitimidade e auxiliar a solução das tensões. Contudo, o detalhamento minucioso quanto à forma de sua operacionalização no âmbito da contratação (sobretudo quanto à técnica a ser adotada) permite a melhor harmonização entre os

³⁵⁵ Meireles (2006, p. 341) entende que a maior regulamentação, com alguma limitação da discricionariedade, favorece a transparência e segurança jurídica: "The procurement process should reflect those multiple functions and interests and try to address them accordingly. While it is expected that discretion will be needed in some instances, it is better to regulate and to determine the limits and responsibilities of each part than to live open to uncertainties. This does not mean that discretion should necessarily be limited, but that responsibilities for decisions are allocated to those in a better position to take them.". Já Arrowsmith (2010, p. 160) menciona os benefícios da centralização decisória relacionada à função derivada, destacando a maior transparência e segurança jurídica: "Central responsibility for making, collating and publicising decisions under horizontal programmes can help to promote transparency, consistency and effective enforcement; can ensure adequate safeguards for contractors, by focusing resources and expertise in one place; and can help avoid the delays to procurements that may occur when decisions are made ad hoc. This is especially important for complex decisions such as how non-compliance by one company should affect associated companies".

conflitos, bem como maior segurança jurídica e transparência para os atores envolvidos e para o setor produtivo.³⁵⁶

Tem-se, daí, a questão sobre qual o grau ideal de legalidade da função derivada, isto é, qual o detalhamento da regra a ser prevista pelo legislador. Por um lado, a previsão em lei tende a aumentar a segurança e estabilidade jurídicas. Por outro, engessa sua aplicação no caso concreto, diminuindo o espaço do regulamento e impossibilitando adaptações que venham a ser necessárias para a customização de seu uso de acordo com as necessidades envolvidas e o contexto fático da contratação.

Não desconheço os riscos de engessamento e ineficiências que o detalhamento legal excessivo pode trazer para as contratações públicas.³⁵⁷ Sugiro, por isso, deixar espaço para algum grau de discricionariedade do ente contratante, para que ele pondere quanto à adequação da função derivada e seus benefícios caso a caso, considerando-se a realidade do órgão contratante, o objeto contratual e o mercado em específico.

³⁵⁶ Ressalto que a conclusão de necessidade de lei com algum detalhamento refere-se exclusivamente ao objeto deste trabalho, isto é, à previsão da função derivada, tendo em vista suas características. Assim, não excluo a possibilidade de ampla discricionariedade e espaço de inovação, pelo gestor público, em relação a outras questões das contratações públicas.

³⁵⁷ Kelman (1990) aponta que a regulação das contratações públicas, por receio de corrupção e privilégios, acabou restringindo demais as opções dos agentes públicos, retirando-lhes a discricionariedade. Nesse sentido, enquanto muitos dizem que o sistema de contratações não é capaz de capturar o melhor do mercado privado, Kelman (1990, p. 1) entende que isso decorre justamente da ausência de discricionariedade: "I, too, believe that government often fails to get the most it can from its vendors. In contrast to the conventional view, however, I believe that the system of competition as it is typically envisioned and the controls against favoritism and corruption as they typically occur are more often the source of the problem than the solution to it. The problem with the current system is that public officials cannot use common sense and judgement in ways that would promote better vendor performance. I believe that the system should be significantly deregulated to allow public officials greater discretion. I believe that the ability to exercise discretion would allow government to gain greater value from procurement".

Nesse sentido, é igualmente mais adequado que a **lei autorize – e não obrigue – a função derivada**. A escolha pelo uso efetivo da função derivada deve ser, preferencialmente, tomada pelo órgão contratante, tendo em vista a realidade institucional e federativa, bem como as características do objeto e do mercado específico de cada contratação.

De qualquer forma, diante das dificuldades analisadas por este trabalho na aplicação das preferências da Lei Complementar nº 123/2006 (em que se discutiu a aplicabilidade das preferências que a lei traz como obrigatórias, quando não estão previstas no edital de licitação, conforme visto item 3.8.3.2), é importante a clareza da lei quanto à facultatividade ou obrigatoriedade da aplicação da regra. Ademais, ainda que a lei traga claramente a regra como de aplicação obrigatória, é relevante que o edital de licitação expressamente a preveja, tanto para detalhar o procedimento, como para evitar qualquer tipo de discussão quanto à aplicabilidade ou não da regra à contratação específica. Isso porque, ainda que haja clareza da lei quanto à obrigatoriedade da aplicação da hipótese de preferência, pode haver dúvidas de como ela será operacionalizada no caso concreto durante a contratação, sendo que os procedimentos adotados pelo ente contratante podem vir a ser posteriormente questionados e até mesmo revogados por órgãos de controle.

Note-se que há **técnicas que criam tensões em maior ou menor intensidade**, conforme visto nos itens anteriores. Quanto menor o grau de normatividade da regra legal de função derivada, menor a amplitude de técnicas para sua operacionalização, sendo necessária a adoção daquelas que trazem menor restrição. É que o uso de determinadas técnicas de função derivada sem previsão legal poderá ser juridicamente questionável, diante de seu alto potencial de conflito com outros valores a serem perseguidos pela contratação pública. Nesse sentido, a implementação da função derivada mediante facilitações na habilitação de licitantes ou preferências na escolha da melhor proposta sem expressa previsão legal tende a ser mais questionável do que a

redefinição do objeto a ser contratado ou a imposição de obrigação durante a execução contratual.

Caso, portanto, seja admitido o uso da função derivada sem expressa previsão legal (ou, ainda, sem expressa previsão quanto às técnicas para sua operacionalização), devem-se priorizar técnicas que geram menor conflito com outros valores das contratações públicas. Será preferível, por exemplo, que a função derivada seja inserida na contratação no âmbito da definição do objeto (que gera menor potencial de exclusão e, com isso, menor tensão com isonomia, competição e menor preço), em vez de ser inserida como facilitação dos requisitos de habilitação ou preferência no preço ofertado. Restrições ou ônus mais intensos no âmbito do processo de seleção (como o critério para a participação ou seleção da melhor proposta), ou mesmo na delimitação do objeto, tendem a ensejar maiores discussões sobre sua viabilidade jurídica, diante das restrições à competição e infração à isonomia, por um lado, e a ausência de previsão legal expressa, do outro. Talvez por isso, cogita-se que a função derivada sem expressa previsão legal esteja sendo prioritariamente incorporada por meio de obrigações contratuais adicionais a serem cumpridas pelo contratado (conforme analisado no item 3.7).

Além da necessidade de autorização legislativa expressa para o uso da função derivada, com certo grau de detalhamento, é importante manter alguma **centralização na regulamentação de seu uso, considerando tanto o âmbito institucional, como o federativo**. Busca-se, com isso, patamar mínimo de uniformização da regulamentação para aplicação das regras de função derivada em âmbito nacional, de modo a conferir segurança jurídica e clareza ao setor produtivo.

Assim, em determinada esfera federativa – a União, por exemplo –, seria importante haver alguma regulamentação, aplicável a toda a administração federal (mediante edição de decreto, por exemplo), quanto ao uso de técnica de função derivada, bem como no âmbito de cada entidade federal (por exemplo, no âmbito de cada Ministério, para

que haja uniformização quanto a como cada autoridade contratante pode utilizar a referida regra de função derivada). Exemplos nesse sentido são, respectivamente, os decretos que regulam o uso das margens de preferência para determinados produtos e serviços, e a Portaria Normativa nº 764/2002, do Ministério da Defesa, que trouxe regulamentação mínima para prática de suas medidas de compensação (conforme item 3.8.2). Destaque-se, ainda exemplificativamente, a importância, no âmbito federal, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para estabelecer procedimentos centralizados referentes às compras públicas.³⁵⁸

A margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3º, §§ 5º a 10, Lei nº 8.666/1993) também é caso interessante (mas, certamente, não o único) de divisão de competências entre Legislativo e Executivo, bem como de centralização da função derivada. O legislador conferiu ao chefe do Poder Executivo a decisão quanto à aplicação ou não da margem de preferência – desde que haja o cumprimento de determinados requisitos trazidos na lei, como a realização de estudos econômicos. Assim, o legislador autorizou o uso da função derivada, mas conferiu ao Executivo a decisão sobre quando e qual percentagem deve ser utilizada. Caso o chefe do Executivo decida utilizar a margem de preferência (com a edição de um decreto especificando sua aplicação para determinado produto ou serviço), deixa de haver discricionariedade para a autoridade contratante. Esse desenho

³⁵⁸ Palma (2015, p. 108) destaca a relevância desse órgão na construção da política de compras públicas sustentáveis, diante de sua competência normativa uniformizadora para toda a administração federal: “Esta centralização tanto se explica em termos jurídicos, devido à competência normativa em matéria de licitação sustentável que o órgão [SLTI] detém, quanto em termos de gestão pública: sem a uniformidade dos critérios de sustentabilidade, a almejada segurança jurídica, considerada imprescindível pelos gestores para adotarem práticas sustentáveis em matéria de licitação, se frustraria. Outro comportamento dos gestores corresponde à atavia frente ao excesso de discricionariedade, em grande medida por receio dos controladores. Diante da pluralidade de soluções jurídicas, o controle das contratações públicas sustentáveis se torna ainda mais difícil, potencializando casos de corrupção, além de possivelmente ensejar o aumento do custo de transação, devido à pluralidade de soluções jurídicas em uma mesma esfera de governo”.

preserva alguma discricionariedade para o gestor público, porém de forma bastante centralizada no chefe do Poder Executivo.

Pelo aspecto federativo, embora exista lastro de competência para estados e municípios legislarem sobre a função derivada (conforme item 5.5.1), também a previsão (com algum detalhamento) de regras de função derivada deve ser preferencialmente deixada para o exercício pela União, de modo a trazer maior transparência, uniformidade e segurança jurídica em âmbito nacional, tendo em vista seu possível impacto para o processo produtivo das empresas.³⁵⁹

O **tipo de lei** em que a regra de função derivada estará prevista – lei geral de contratação ou lei setorial –, em contraposição ao grau de abrangência da regra – se geral para qualquer objeto, ou se específica para determinado tipo de objeto – também é relevante para conferir maior clareza e simplicidade ao sistema de contratações públicas, tanto para os entes contratantes, como para o setor produtivo.

Haverá maior clareza para os atores se **o tipo de lei em que a regra da função derivada está prevista for compatível com sua abrangência**. Conforme apontado no item 4.2.3, inserir regras gerais em leis setoriais – e vice-versa – tende a aumentar a complexidade do sistema de contratações.

É mais adequado, assim, que (i) as regras de incidência geral quanto ao seu objeto necessariamente estejam contidas em leis gerais de contratações; enquanto (ii) as regras de incidência específica estejam preferencialmente previstas em leis setoriais. Digo “necessariamente” no

³⁵⁹ Monteiro (2010, p. 70), abordando as licitações na modalidade de pregão, reconhece a competência dos Estados e Municípios para legislarem sobre licitações mas, diante da maior transparência e uniformidade, também traz por recomendação que essa legislação seja preferencialmente deixada para a União: “Acreditamos que, em matéria de licitação, é prudente que Estados, Distrito Federal e Municípios não legislem, não obstante possam. Esta medida é importante, porque garante o conhecimento irrestrito das regras licitatórias e, conseqüentemente, a ampla participação nos certames. A atividade legislativa suplementar das entidades federativas deve restringir-se à adequação das normas gerais às regras locais de competência administrativa”.

primeiro caso porque a previsão de regra de função derivada de incidência geral em lei setorial traz grave prejuízo à clareza e concatenamento do sistema de contratações, bem como ao conhecimento de suas regras. Já no caso da previsão de regra de função derivada com incidência específica em lei geral, não há prejuízo à transparência das regras, podendo-se gerar, contudo, alguma complexificação da sistematização das regras de contratação.

Outro ponto relevante relaciona-se à **incidência territorial dos efeitos da função derivada**. Tendo em vista as questões geradas com eventuais efeitos extraterritoriais da função derivada, conforme item 5.5.2, deve-se procurar a **equivalência entre jurisdição do ente que prevê e utiliza a função derivada, e o território de seus impactos**. Uma vez que as regras de função derivada podem impactar o processo produtivo de empresas que atuam nacional e internacionalmente, isso será particularmente relevante no caso de regulamentação da função derivada por estados e municípios (cujos impactos podem extravasar a jurisdição do respectivo ente federativo), bem como na regulamentação da função derivada pela União (que pode impactar a atuação de empresas em âmbito internacional).

Com vistas a ampliar a **legitimidade da função derivada**, é importante ainda que sua institucionalização seja acompanhada de mecanismos que viabilizem a participação de atores na sua implementação (previamente, na forma de consultas, ou durante o processo de contratação em específico) e o acompanhamento de seus resultados com ampla transparência. Relembre-se que a função derivada implica uma decisão de alocação e uso de recursos públicos escassos. Nesse sentido, tanto a decisão pela sua utilização, como sua concretização, devem decorrer de forma transparente e com participação popular.

A margem de preferência de produtos e serviços nacionais é, novamente, exemplo interessante na teoria, mas frustrado na prática: conforme a sistemática prevista pela lei, seria possível acompanhar a decisão

quanto ao uso (e a avaliação de seus resultados) dessa hipótese de função derivada a partir de estudos econômicos, prévios e posteriores – estudos que, no entanto, não foram oficialmente publicados. Seria possível, ainda, prever a disponibilização de medidas administrativas no processo de contratação, como forma de assegurar a adequada aplicação da função derivada em determinada contratação, bem como a possibilidade de manifestação de eventuais prejudicados.

6.3.2 Novos contornos na delimitação da proposta mais vantajosa: custo, qualidade e fins derivados

Na medida em que prevê novas restrições ou preferências (não originais à contratação), a função derivada pode ensejar a escolha de proposta mais onerosa ou com menor qualidade. Em razão da função derivada, a proposta mais vantajosa passa a não ser mais necessariamente aquela que terá a melhor relação entre custo e benefício (conforme especificado na contratação) para a execução do objeto primário do contrato.

Conforme visto no item 5.3, a característica adicionada pela função derivada pode interferir nessa relação original, ensejando que a melhor proposta possa ser aquela que cumpra esse requisito adicional, ainda que apresente preço maior ou qualidade menor em relação a outras ofertas que não cumpram tal exigência. A função derivada, assim, reconfigura a proposta mais vantajosa, redesenhando os termos do que seria mais adequado para a execução contratual, em comparação ao cenário de função primária.

Em relação ao **custo**, no item 5.3 foram cotejados diversos fatores que podem impactar o custo da contratação, decorrentes da adicionalidade em si trazida pela função derivada, da redução de competição, ou ainda da maior complexidade da transação e sua fiscalização.

É possível ampliar o que se entende como custo e benefício da contratação, tanto sob uma perspectiva estritamente econômica,

como na metodologia do ciclo total do produto. Além disso, o custo adicional decorre, ainda que em parte, da agregação de diferentes fins públicos na mesma ação governamental. Nesse sentido, é importante considerar que parte do custo adicional eventualmente gerado pela função derivada será, de qualquer forma, suportado pelo poder público pelo uso de algum instrumento de ação estatal.³⁶⁰

Mas, ainda assim, a contratação pode ser mais cara com a função derivada, diminuindo sua economicidade, o que é um problema relevante em um cenário de escassez de recursos públicos.

Também no item 5.3 foi abordado como a função derivada pode impactar (inclusive para pior) a **qualidade** da contratação e do objeto a ser contratado, podendo ir de encontro às reações contra a “ditadura do menor preço”, que visam a contratações de melhor qualidade.

Por fim, a função derivada pode trazer consequências para a **eficiência** da contratação, pautada na relação de custos e benefícios a serem gerados, a depender do impacto nas variáveis de preço e qualidade da contratação. É importante que a relação de eficiência da contratação passe a considerar a qualidade adicionada com a função derivada. Ainda assim, ela pode reduzir a relação de custo e qualidade da contratação.

Diante disso, com qual limite a função derivada pode reconfigurar a melhor proposta? Qual seria o “ponto ótimo”, o “*best value*” da função derivada?

Entendo haver três balizas a serem observadas pela legislador e pelo gestor público na reconfiguração da proposta mais vantajosa pela função derivada.

³⁶⁰Na análise da eficiência da função derivada em relação a outros instrumentos de implementação de fins públicos, seria importante considerar o custo adicional a ser gerado pela função derivada, em contraposição ao custo da implementação da finalidade visada mediante o uso de outros instrumentos.

A primeira baliza é que a eficiência da contratação deve preferencialmente permanecer igual (no mínimo) ou aumentar em relação ao cenário de contratação sem função derivada. Os benefícios gerados pela função derivada devem superar seus custos, qualificando-se o gasto público.³⁶¹ Ou, de forma prática, a função derivada deve proporcionar uma melhor ou igual contratação em relação à que ocorreria sem sua inclusão. Caso ela diminua a eficiência da contratação – por conta de queda na qualidade ou de elevação do preço que não possam ser compensadas na outra ponta da relação da eficiência –, a função derivada ensejará uma pior contratação pública, em confronto direto com a melhor proposta. Se a eficiência for reduzida no caso concreto, haverá confronto com a busca pela melhor proposta, devendo o fim derivado ser perseguido de outra forma que não a contratação pública.

Assim, pode-se até admitir que a função derivada impacte negativamente o preço ou a qualidade do objeto a ser contratado, desde que traga vantagem suficiente para compensar esse impacto. Nesse caso, a relação de eficiência da contratação permaneceria estável com ou sem função derivada, podendo-se optar pela sua inclusão tendo em vista a agregação de fins à contratação.

Contudo, pondero que há grande dificuldade no dimensionamento e na monetização dos custos e benefícios da função derivada, decorrente tanto da natureza dos fins envolvidos na função derivada, como por ser ela instrumento indireto de ação governamental. Tendo em vista que a função derivada está relacionada a valores sociais e de justiça distributiva, não é simples monetizar ou mesmo quantificar seus benefícios e seus

³⁶¹ Essa perspectiva de eficiência é trazida por Frossard e Câmara (2010, p. 11), quando analisam o uso da função derivada nas compras públicas: “Para efetuar as compras, são necessários recursos públicos. Sendo escassos para atenderem inúmeras demandas por serviços da população e para solucionar os problemas sociais existentes no Brasil, a questão da qualidade do gasto passa a ter importância e a utilização dos recursos precisa ser otimizada. No que gastar e como gastar melhor sem aumentar as despesas. Alcançar um objetivo ao menor custo ou obter a máxima quantidade de um possível objetivo por meio de uma dada quantidade de recursos significa, para Wildavsky (apud Bromley; Bustelo, 1992), a eficiência econômica”.

custos.³⁶² Além disso, justamente por ser mecanismo indireto de efetivação do fim público (promovido por meio da adição do fim derivado na contratação), é difícil identificar o custo adicional gerado pela função derivada.³⁶³ Mencione-se, ainda, a ausência de dados que poderiam servir de referência para a quantificação dos custos. Diante disso, pode haver óbices na busca pela eficiência da função derivada, sob a perspectiva de custos e de benefícios por ela gerados.

A segunda baliza é a de intensificar os benefícios a serem gerados pela função derivada, isto é, utilizá-la de modo a torná-la mais eficiente, produzindo maior quantidade de benefícios e de resultados positivos possível. Trata-se de maximizar os resultados interna e exclusivamente em relação à função derivada: a partir da decisão de adição de finalidade derivada na contratação pública, essa inclusão deve ser feita de modo que a maior quantidade de benefícios possa ser alcançada.

Aqui também se destaca que a lógica de maximização dos resultados pode não se compatibilizar com a realização de fins sociais e justiça distributiva. Rose-Ackerman (2016) aponta que a análise de custo e benefício pode até ser capaz de dimensionar os benefícios e custos envolvidos em questões complexas, mas essas deverão ser analisadas para além de uma metodologia de maximização de resultados, uma vez que certamente envolverão escolhas de valores ("*value trade-offs*").

³⁶² A monetização é relevante porque permite a equiparação entre os interesses plurais e diversos da sociedade. A grande vantagem da abordagem exclusivamente pela eficiência é que as preferências podem ser monetizadas, concessões podem ser feitas e decisões tomadas de forma ponderada. Ocorre que, na monetização, a formação do valor sempre implicará a concessão de valor a uma preferência. Sobre o tema, ver Markovits (2012), que aponta que a lógica da eficiência econômica (e, portanto, do custo-benefício) é uma das várias metodologias que podem ser aplicadas no estudo dos contratos.

³⁶³ Meireles (2006, p. 180) aponta: "Another risk run by procuring agencies is to overlook the hidden costs of this kind of implementation method. Since the secondary policy is implemented in the draft of the specifications, only firms that can comply with the specified condition will present a proposal. Thus it will be difficult to accurately determine the additional cost paid by the inclusion of the policy".

Contudo, o fato de o fim derivado relacionar-se a um direito social não se contrapõe à sua promoção a partir da lógica da eficiência e da eficácia. A realização de fins sociais, de políticas sociais, não afasta a necessidade de que a implementação dessa política perpassa a ponderação de custos e benefícios, bem como de eficácia – tanto quanto aos instrumentos a serem utilizados para sua implementação, como durante sua efetiva execução. Assim, uma vez tomada a decisão de alocação de recursos para a implementação do fim público (decisão essa pautada pela racionalidade estritamente política), essa decisão deve ser executada da forma mais eficaz e eficiente possível – até como forma de assegurar a decisão valorativa previamente tomada, bem como viabilizar novas decisões distributivas.

A **terceira baliza** é que a reconfiguração da proposta mais vantajosa trazida pela função derivada deve considerar o **tipo de procedimento de contratações públicas adotado no Brasil**, em que inexistente efetiva negociação entre ente contratante e interessados em contratar. Essa característica é fundamental para compreender as dificuldades da inserção da função derivada na contratação pública no Brasil.

Em alguns países, as contratações públicas são precedidas de efetivo processo de negociação, em que se discute as necessidades públicas em jogo com o rol de potenciais interessados, para, então, modular o objeto e as obrigações contratuais, bem como as características do futuro contratado.³⁶⁴ Nesses casos, a inclusão de políticas derivadas pode servir, de fato, para potencializar a eficiência da contratação, extraíndo seu máximo *"value-for-money"*, sendo que os fins derivados são utilizados pelo ente contratante para barganhar com os interessados

³⁶⁴ Trata-se do chamado *"negotiated procedure"*, em contraposição ao *"sealed bidding procedure"*. Nos Estados Unidos da América, esses procedimentos são regulados, respectivamente pelas Partes 15 (*"Part 15 - Contracting By Negotiation"*) e 14 (*"Part 14 - Sealed Bidding"*), do *"Federal Acquisition Regulation"*. Outros exemplos nesse sentido são o *"Diálogo Concorrencial"* e as *"Parcerias para a inovação"*, previstos na Diretiva clássica de contratações públicas da União Europeia (Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, art. 30 e 31, respectivamente).

a oferta de melhores condições (técnicas e econômicas) durante o processo de escolha da melhor proposta.

Além disso, o próprio processo de negociação permite que o ente contratante construa um "*benchmarking*" interno dos custos da contratação (e dos fins derivados), na medida em que aos interessados é facultado apresentar propostas de objetos derivados com diferentes condições técnicas e econômicas, podendo o ente contratante compará-las e negociar até que se determine a apresentação da oferta final.

Por fim, a inclusão de fins derivados no procedimento de contratação negociado permite que o ente contratante analise a viabilidade de satisfação do fim derivado pelo mercado – quer dizer, se o mercado está apto e interessado em contratar, e se é de fato capaz de absorver e cumprir as características derivadas que se pretende adicionar à contratação, e em quais condições.

Ocorre que, no sistema brasileiro de contratações públicas, não há efetiva negociação entre ente contratante e potenciais interessados. O ente contratante deverá definir, já na fase interna da contratação, todas as condições da contratação: o objeto, os requisitos do contratado e as obrigações contratuais. É certo que, mais recentemente, houve a incorporação, no ordenamento jurídico, de mecanismos que permitem a participação de interessados no processo de contratação, mas limitados à fase de concepção do projeto.³⁶⁵ Após o início da fase externa da contratação, com a publicização da necessidade de se contratar e, nos casos de licitação prévia, com a publicação do edital, não apenas não há mais interação com o setor privado, como especificamente não é possível alterar o objeto ou as condições contratuais previstas (exceto se houver a republicação do edital).

³⁶⁵ Refiro-me aos seguintes instrumentos: (i) **audiência pública** prevista na Lei nº 8.666/1993 (art. 39); (ii) **consulta pública** prevista na Lei nº 11.079/2004 (art. 10, VI); (iii) possibilidade de **apresentação de estudos por privados interessados**, conforme previsto na Lei nº 8.987/1995 (art. 21) e, mais recentemente, (iv) **mecanismos de estruturação de projetos** previstos na Lei nº 13.334/2016 (art. 12).

Nesse tipo de procedimento, a inserção de políticas derivadas tende a causar impacto negativo na eficiência da contratação, uma vez que não há interação negociada com os atores privados (que a executarão) em relação aos seus termos. Perde-se o poder de barganha que poderia estar relacionado à função derivada, e ela tende a se tornar apenas mais uma obrigação a ser monetizada pelos interessados e repassada no preço da proposta ofertada. Além disso, o ente contratante enfrenta maior óbice em identificar de antemão a possibilidade de o mercado cumprir a função derivada.

As medidas de compensação negociadas na área de defesa, conforme visto no item 3.8.2, exemplificam bem o argumento das dificuldades geradas pelo procedimento brasileiro. Nesses casos, as contratações em defesa são feitas de forma direta, em razão de dispensa ou inexigibilidade de licitação, com maior flexibilidade na contratação, permitindo justamente a negociação mais efetiva das condições de contratação – incluídas, aí, as medidas de compensação a serem acordadas. Nesses casos, pode-se utilizar a colocação das medidas de compensação – um tipo de função derivada – como um instrumento de barganha para a busca da melhor contratação para o ente contratante – possibilidade que não se replica nas hipóteses de contratação com prévia licitação, considerando-se as regras aplicáveis.

Não estou, aqui, emitindo juízo de valor em relação a um ou outro procedimento – o que extrapolaria o objeto deste trabalho –, mas sim apontando que essas diferenças no procedimento de contratação são relevantes quando se trata de avaliar a utilização da função derivada e a inclusão de políticas secundárias nas contratações públicas. Mais precisamente, o procedimento brasileiro dificulta a maximização da eficiência da função derivada, o que potencializa a perda de eficiência da contratação pública.

6.3.3 Técnicas e conteúdo da função derivada

A **técnica** e o **conteúdo** da função derivada importam na maior ou menor intensidade dos conflitos gerados, na medida em que podem gerar maior restrição – e, portanto, impactar mais intensamente a isonomia e a competição – ou impactar mais significativamente o custo ou a qualidade do objeto a ser contratado – com possíveis consequências para a eficiência e economicidade da contratação. Além da combinação do tipo da técnica e de seu conteúdo, há influência das **características do mercado e do objeto da contratação**, que igualmente podem impactar no grau de restrição ensejado pela regra de função derivada.

Dessa forma, é importante incentivar a proposição de regras que restrinjam menos a competição, e permitam que todos se adaptem e participem do mercado de compras estatais. Seria, por exemplo, a técnica da função derivada nas definições do objeto, uma vez que todos do mercado podem promover a mudança visada pela regra de incentivo para participar da contratação.

Não se deve perder de vista que a intensidade dos conflitos gerados pela regra de função derivada varia não apenas em função da técnica adotada, mas também do seu próprio conteúdo, bem como em razão de fatores do mercado. Ainda assim, pode-se ordenar as **técnicas** conforme sua maior restritividade, começando com a contratação exclusiva e dispensa de licitação (uma vez que afastam a competição), a preferência na seleção da proposta, a facilitação na habilitação, e, por fim, as técnicas de definição do objeto e de obrigação contratual. A conflituosidade gerada pela preferência genérica, por sua vez, dependerá de como ela será efetivamente operacionalizada.

Já em relação ao **momento**, conforme visto no item 4.2.3, quanto mais adiantado no processo de contratação a função derivada for inserida, menor tende a ser seu caráter restritivo em relação aos demais interessados pela contratação (isto é, para aqueles não beneficiados

pela função derivada) e, portanto, menor seu conflito para os demais valores da contratação.

Além disso, há diferença no grau de conflito, ao menos no plano abstrato, entre conceder uma proteção (preferência positiva) e trazer uma restrição ou vedação. Nesse último caso, há forte embate com isonomia e competição, o que enseja ônus em sua fundamentação maior do que no caso de preferência positiva.

Para diminuir o conflito com a isonomia, as regras devem ser menos personalísticas e mais voltadas para atividades – o que não significa que não possam ser específicas para determinado nicho ou setor.

O conteúdo é igualmente relevante para determinar o grau de conflito com isonomia, competição e eficiência. A mesma técnica pode gerar impactos diferentes, a depender de seu efetivo conteúdo.

Tomemos, por exemplo, a técnica de preferência no julgamento da proposta: a mesma característica pode ser incluída como fator técnico a ser pontuado no julgamento da proposta técnica, ou como preferência no preço ofertado. Nesse último caso, ainda, o percentual de preferência também é relevante: 5%, 10% ou 25% são números que impactam de forma bastante diferente os valores da isonomia, da competição e da eficiência.

Também deve ser considerado o impacto que a técnica e o conteúdo da função derivada trazem para **custo e qualidade** do objeto da contratação, conflitando com sua eficiência e economicidade.

Conforme abordado no item anterior (item 6.3.2), a técnica e o conteúdo escolhidos não podem impactar a função primária de modo a frustrar a satisfação do objeto primário.

Além disso, deve-se privilegiar técnicas e conteúdo que menos impactem negativamente o custo e qualidade da contratação. Nesse sentido, o

levantamento de regras de função derivada mostra ser possível conferir preferências sem, necessariamente, gastar mais (ou contratar pior), como na hipótese da preferência para micro e pequenas empresas em caso de empate fictício (conforme visto no item 3.8.3). A preferência, aqui, consiste na concessão da oportunidade excepcional para que o grupo privilegiado apresente nova proposta, capaz de cobrir a melhor proposta apresentada. Nesse caso, há alguma tensão com isonomia, na medida em que se cria uma diferenciação entre os interessados em contratar com o Estado. No entanto, não há tensão com a eficiência da contratação (e nem com seu custo): a preferência é apenas nova chance para o grupo beneficiado oferecer uma proposta mais vantajosa para o ente contratante. A preferência, aqui, não reconfigura a proposta mais vantajosa, que continua sendo considerada como o valor mais baixo ofertado. De fato, a preferência acirra a concorrência, na medida em que prevê nova etapa de reapresentação de propostas, e com isso intensifica o valor da maior economicidade da contratação. Ainda assim, ela parece trazer complexificação e grande litigiosidade no âmbito da contratação, tendendo a aumentar seus custos procedimentais.

Outro aspecto relevante diz respeito à transitoriedade ou à permanência da regra de função derivada. A norma de preferência justifica-se até o momento em que a desigualdade material permanecer. A etapa de avaliação de políticas públicas serve justamente para verificar não apenas o sucesso da medida, mas a permanência de sua necessidade (e consequente justificativa). No entanto, deve-se ter em vista a dificuldade política na discussão quanto à posterior retirada de preferências – o que ocorre em menor intensidade quando se trata de posterior revogação de restrições ou ônus adicionais.³⁶⁶

³⁶⁶ Compare-se, nesse sentido, a discussão sobre a tributação versus a concessão de subsídios para fomentar determinada atividade ou setor. Costuma-se apontar como uma das vantagens da tributação a possibilidade de sua posterior retirada com menor objeção política, diferentemente do que ocorre com a concessão de subsídios, cuja posterior revogação tende a enfrentar bastante oposição, especialmente dos grupos beneficiados por eles.

Por fim, na modulação da técnica e conteúdo da função derivada, e considerando-se que o seu objetivo é induzir o mercado, deve-se ter em vista ainda dois pontos.

Primeiramente, a necessidade de avaliação do mercado em que a função derivada será incluída. A função derivada adota o poder de compra como instrumento indutor de criação de mercados, mas estes não são criados a curto prazo. Uma vez que se busca incentivar determinada produção, por meio do consumo estatal, é preciso analisar a real possibilidade de o mercado suprir um objeto com aquelas características cogitadas, sob pena de colocar em risco a eficácia da contratação. O incentivo da produção dá-se por meio da garantia de mercado – mas, por outro lado, o incentivo do mercado deve ter resposta do setor produtivo. Deve-se, portanto, equilibrar a indução, e a compatibilidade e adequação do mercado. Essa tarefa, contudo, é complicada, tendo em vista que um dos objetivos da função derivada é, justamente, fomentar um mercado inexistente ou pouco significativo.

A necessidade de análise do mercado é uma das recomendações trazidas pelo relatório da Secretaria de Assuntos Legislativos (2013, p. 246) em relação às compras sustentáveis, que ressalta que, ainda que se adote o poder de compra como indutor de criação de mercados, estes não são criados a curto prazo. O relatório chama a atenção, ainda, para a importância de que os critérios resguardem alguma compatibilidade com o mercado privado, sob pena de sua fragmentação entre um mercado de compras públicas e outro de compras privadas.³⁶⁷

³⁶⁷ “Os impactos negativos sobre a competitividade das empresas são uma decorrência da necessidade de adaptação aos critérios de sustentabilidade estabelecidos pela Administração. Se os critérios adotados diferirem significativamente das práticas do mercado privado, pode ocorrer uma segmentação do mercado de determinados bens em dois setores, um direcionado às compras públicas e outro ao mercado em geral. O efeito seria, assim, o inverso ao pretendido: ao invés de liderar uma mudança no mercado, a política de CPS geraria apenas sua fragmentação. Este efeito causaria impacto significativo sobre a competitividade das empresas, que perderiam ganhos gerados por escala. Haveria, portanto, uma redução na eficiência da produção das empresas” (p. 234).

Além disso, deve-se modular a regra de função derivada na forma de incentivo para a adoção de uma conduta a ser aproveitada em todos os fornecimentos do setor produtivo, de modo a efetivamente capacitar a empresa para a concorrência geral, não apenas para o mercado de contratações públicas – sob risco, novamente, de fragmentação do mercado, bem como de dependência empresarial do setor público. A técnica utilizada deve permitir que o grupo ou a atividade protegida efetivamente se desenvolva, não fique dependente da preferência, e seja incluída no mercado como um todo – e não só no mercado de compras públicas.

6.3.4 Processualização e motivação da função derivada

Destaca-se a relevância da processualização da elaboração e da previsão da regra de função derivada como meio de racionalizar a atividade legislativa e administrativa, desvelar a motivação (trazendo maior transparência) e incentivar a decisão a partir de subsídios adequados (gerando maior eficiência e eficácia). É a instrução processual que aclara a relação entre a ação governamental – no caso, a regra de função derivada – e a política pública que a enseja.

Veja-se que a atividade regulatória é essencialmente prospectiva (não responsiva), demandando estabilidade e segurança jurídica (MARQUES NETO; PALMA, 2014, p. 635) – valores particularmente relevantes na função derivada, em que se visa justamente a impactar o setor produtivo, o qual, por sua vez, precisa de estabilidade para adaptação.

Ainda, é importante notar que, considerando o cenário de potenciais tensões geradas pela função derivada e de escolhas ("*trade-offs*") a serem feitas, tem-se a relevância de procedimento de tomada de decisão adequado, que permita que as escolhas sejam feitas em termos democráticos, a partir da ponderação dos valores buscados naquela situação.

Nesse sentido, é necessário ter clareza quanto à razão de uso da função derivada, à técnica utilizada e ao conteúdo previsto, sendo que a processualidade da decisão estatal facilita o alcance dessa percepção.

Note-se que a decisão de ação governamental por meio da contratação não é suficiente para justificar, por si só, o uso da função derivada. Quer dizer, a ponderação de que contratar é o melhor instrumento de ação estatal não implica, automaticamente, a vantajosidade da função derivada – a qual deve ser especificamente ponderada em decisão autônoma.

Para isso, deve-se instruir adequadamente o processo de contratação, com a identificação dos objetivos, diagnóstico da situação, motivação quanto à alternativa escolhida e posterior avaliação dos resultados.³⁶⁸ O processo deverá demonstrar as vantagens (ainda que não pecuniárias) da promoção do fim por meio da derivação da contratação pública, trazendo informações que permitirão o bom diagnóstico e o cotejamento entre as alternativas, para se alcançar uma decisão informada.

É importante que o diagnóstico considere a adequação da função derivada diante de características do mercado e do objeto a ser contratado, identificando se o setor produtivo está apto a cumprir os requisitos trazidos pela função derivada, e qual será o seu impacto sobre a concorrência, qualidade e preço.

Além disso, a regra de função derivada deverá, primeiramente, identificar os objetivos a serem perseguidos, permitindo definir como eles serão

³⁶⁸Palma (2013, p. 194), falando sobre a processualização e motivação no âmbito das escolhas de políticas públicas, assim identifica as etapas do processo decisório: “No caso do processo administrativo de construção de políticas públicas, a motivação é notadamente qualificada na medida em que os elementos de política pública são considerados na fundamentação. Primeiramente, coloca-se a necessidade de analisar as diferentes alternativas colocadas à disposição da Administração Pública para efetivar as políticas públicas. Em outros termos, na formulação de políticas públicas coloca-se a obrigação de o Poder Público proceder à avaliação de impacto regulatório. É preciso ter um mínimo de previsibilidade sobre a efetividade da política tendo em vista os custos (lembrando que os recursos públicos são escassos e a escolha por uma política pública determina na subtração de recursos para outras atividades prestacionais públicas)”.

mais adequadamente medidos e avaliados.³⁶⁹ Deve-se apontar – até mesmo para melhor definir a técnica – se o objetivo da função derivada é conceder exclusividade ou apenas facilitação no acesso do mercado de compras públicas, o que se espera alcançar com isso, e quais os critérios aptos para identificar o sucesso no alcance desses fins. Se o objetivo é a promoção de micro e pequenas por meio das contratações públicas, como isso será medido: com o aumento da participação dessas empresas em licitações ou com o aumento de empresas efetivamente contratadas pelo poder público? A elucidação dos objetivos facilita sua avaliação; esta, por sua vez, deverá ensejar a continuidade, revisão ou mesmo revogação da medida, a depender dos resultados alcançados.

Aqui, menciono, novamente, o exemplo da margem de preferência para produtos e serviços nacionais: ao mesmo tempo em que o legislador trouxe hipótese bastante ampla e transversal de função derivada das contratações administrativas – preferências nas contratações de qualquer bem ou serviço pelo ente público –, ele também condicionou a adoção dessas preferências à realização de estudos que delimitem os benefícios esperados com essa medida. São, a meu ver, critérios interessantes, que buscam, em alguma medida, harmonizar objetivos diversos: desde o custo adicional gerado pela margem preferência (com o claro reconhecimento, portanto, de que há custos adicionais, e que eles, embora não impeçam por si só a aplicação da margem de preferência, devem ser considerados na sua definição), até os benefícios sociais a serem criados (por exemplo, geração de empregos e inovação

³⁶⁹ Mashaw (2006, p. 155) destaca a importância de separar os fins do programa e o sistema de accountability: uma vez definidos os fins do programa, é mais fácil fazer o desenho institucional do sistema para seu acompanhamento e fiscalização. Nesse sentido: “Beliefs about how decisions should best be made, and how they should be made accountable, are thus parasitic on beliefs about the true purposes of the program. And, because that is true, many disputes about programmatic purpose are articulated as disputes about the efficacy of accountability regimes. At least some clarity can be brought to these disputes by sorting questions of public purpose and questions of accountability into separate bins. It matters to know whether disputes are about what a public program should be doing or about whether it is appropriately accountable. And if we can achieve consensus on the question of purpose, we can surely have a more sensible discussion about which accountability mechanisms are likely to support those purposes”.

tecnológica no país). Há, portanto, preocupação com os resultados da margem de preferência – resultados que serão (ou que deveriam ser) posteriormente medidos (com a realização dos estudos econômicos retrospectivos, também determinados pelo legislador), levando-se em conta não somente o critério de eficiência econômica, mas também os benefícios sociais.

6.3.5 Monitoramento e avaliação da função derivada

A adoção da função derivada demanda, ainda, a criação de mecanismos que permitam, ao longo de todo o processo de contratação, o acompanhamento de sua implementação, com três objetivos diversos, porém relacionados.

Primeiramente, deve-se assegurar, ao longo de toda a contratação, o **cumprimento da finalidade derivada** objetivada pela função derivada. A função derivada envolve gasto de recursos públicos, devendo-se assegurar que ela efetivamente está sendo cumprida, sob pena de desperdício desses recursos. Além disso, os interessados na contratação comprometem-se com os ônus da função derivada e são, ao menos em parte, escolhidos por conta disso, sendo que seu descumprimento por eles resultaria na infração à isonomia e à competição.

Nessa toada, deve-se criar, no procedimento de contratação, mecanismos para aferir o cumprimento da função derivada. Esses mecanismos devem ser desenhados conforme a técnica adotada, e tendo em vista especialmente o momento de sua operacionalização e os resultados visados (se facilitação ou exclusividade de acesso às contratações, ou ainda execução de determinada obrigação, conforme visto no item 4.2.3).

O desenho da governança contratual deve ser pautado nessa preocupação e ser compatível com as particularidades da função derivada adotada, inclusive com a necessidade de estruturação e treinamento da entidade

contratante. Devem ser previstos mecanismos para atestar o cumprimento da regra de função derivada pelo interessado, cuidado a ser observado (i) nos documentos da licitação e pela comissão de licitação (no caso de licitação) e autoridade contratante (no caso de contratação direta), se a função derivada é operacionalizada até a celebração do contrato; e (ii) no contrato, principalmente com regras específicas de fiscalização (inclusive com a criação de comissão técnica, nos casos mais complexos), no caso de função derivada for operacionalizada após a celebração do contrato. Deve-se prever, ademais, sanções pelo descumprimento dessas regras, notadamente no caso de obrigações assumidas pelo contratado, seja no processo de seleção (no âmbito de sua proposta ofertada), seja no âmbito contratual (com cláusulas de função derivada). Todas essas providências deverão, ainda, ser consideradas na decisão da adoção da função derivada pelo ente contratante.

Segundo, e pelos motivos acima mencionados, devem ser previstos **mecanismos que evitem fraudes e corrupção** em relação ao enquadramento e cumprimento das regras de função derivada pelos atores envolvidos na contratação. No caso de regras de função derivada que impliquem a concessão de preferências ou benefícios, eventuais interessados não originalmente enquadrados nestas regras podem forjar o seu cumprimento, de modo a, artificialmente, darem a aparência de fazerem jus ao benefício. Já para as regras de função derivada que impliquem o cumprimento de obrigações, os interessados podem alterar ou fabricar resultados, de modo a inadequadamente falsear a atestação de seu cumprimento. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, é recorrente a menção a casos de empresas que usam “laranjas” para criar pessoas jurídicas que se enquadrem nas regras de preferências para grupos hipossuficientes – como pequenas empresas, ou empresas detidas por mulheres ou grupos minoritários.³⁷⁰ No Brasil, essa também é uma preocupação em relação às preferências trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006: empresas maiores criam

³⁷⁰ Para uma crítica sobre a implementação do programa por conta das diversas fraudes a ele associadas, ver Cullen (2012).

subsidiárias inadequadamente caracterizadas como micro ou pequena empresa, forjando essa condição apenas para darem a aparência de fazerem jus às preferências nas contratações públicas. Nesse sentido, por exemplo, a lei busca evitar esse tipo de manobra, ao excluir da definição de micro e pequena empresa aquelas que, por exemplo, tenham outras empresas como acionistas (conforme art. 3º, § 4º³⁷¹).

Terceiro, e por fim, o acompanhamento da implementação da função derivada ao longo da contratação dará os subsídios necessários para a **avaliação dos resultados** do instrumento escolhido para a realização do fim em específico e, no médio e longo prazos, para a avaliação da eficácia da função derivada das contratações públicas como instrumento de políticas públicas.

³⁷¹ Lei Complementar nº 123/2006: “Art. 3º, § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos Poderes*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEM, Gabriela et al. *Compras Sustentáveis & Grandes Eventos: a Avaliação do Ciclo de Vida como Ferramenta para Decisões de Consumo*. Programa Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, 2015. Disponível em: http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/02_produto2_21_mapeamentonormas_final_2015.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

ANDERSON, Elizabeth. *Value in Ethics and Economics*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1993.

ANSALONI, Felipe. A regulamentação do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte na compras do Governo do Estado de Minas Gerais: uma alternativa de interpretação e aplicação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, nº 86, fev. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56728>. Acesso em: 26/10/2015.

ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Taxas de meio ambiente: instrumentos para programação de políticas públicas. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 7, nº 42, nov./dez. 2008.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in Public Procurement: a taxonomy. *Journal of Public Procurement*, v. 10, Issue 2, p. 149-186, 2010.

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. Sobre El concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, n. 54, p. 43-85, set./dez. 1967, p. 55. Disponível em: www.cepc.es. Acesso em: 02/08/2016.

BATISTA, M. A. C; MALDONADO, J.M.S.V. O papel do comprador no processo de compras em instituições públicas de ciência e tecnologia em saúde (C&T/S). *Revista de Administração Pública – RAP*, Rio de Janeiro, n. 42, p. 681-699, jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n4/a03v42n4.pdf>. Acesso em 15/02/2016.

BEAN, Jonathan J. *Beyond the broker State: Federal policies toward small business, 1936-1967*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1996.

BETIOL, Luciana Stocco *et al.*. *Compra Sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva*. Programa Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, 2012. Disponível em: https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos_gvces/arquivos/130/CompraSust_web_dupla.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

BLINDER, Alan. Is government too political?. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 6, p. 115-126, 1997.

BOLTON, Phoebe. Government Procurement as a policy tool in South Africa. *Journal of Public Procurement*, v. 6, Issue 3, 193-217, 2006.

BRAGA, André de C. O. P. B.; ROSILHO, André J. Margem de Preferência em Licitações: Hora de repensar o modelo. *Revista Consultor Jurídico – ConJur*, 29/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>. Acesso em: 05/09/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Assembleia Nacional Constituinte (ANC)*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/constituicao-federal-25-anos>. Acesso em: 29/10/2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *PEC nº 5/1995*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=24957>. Acesso em: 31/10/2015.

BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. *Parecer MCT/CONJUR nº 231/1995*. Diário Oficial da União de 20/11/95, p. 18596-18600.

BRASIL, Senado. *PEC nº 32/1995*. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18480>. Acesso em: 31/10/2015.

BREUS, Thiago Lima. A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 219-241, jul./set. 2015.

BREUS, Thiago Lima. A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 173-196, set./fev. 2016.

Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-49.

BURGI, Martin. Secondary considerations in public procurement in Germany. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 105-142.

COMBA, Mario E. Green and social considerations in public procurement contracts: a comparative approach. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 299-319.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem Econômica na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 447-480.

CULLEN, Alicia M. The Small Business Set-Aside Program: where achievement means consistently failing to meet small business contracting goals. *Public Contract Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 703-720, 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41635351>. Acesso em: 01/02/2016.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; Zago, Marina Fontão; Rodrigues, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de licitações. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n.º 35, p. 143-178, jul./set. 2011.

DAINTITH, Terence. Regulation by contract: the new prerogative. *Current Legal Problems*, Londres, v. 32, p. 41-64, 1979.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAVIES, Annie C. L. *The public law of government contracts*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DOBBIN, Frank. *Inventing equal opportunity*. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

FANA, Marta; PIGA, Gustavo. SMEs and public contracts: an EU perspective. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. *The Applied Law and Economics of Public Procurement*. London; New York: Routledge, 2013, p. 279-298.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. 2010. 285 f. Tese (Doutorado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2010.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - Redae*, Salvador, nº 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 10/06/2012

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Nota Técnica nº 8, nov. 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131101_notatecnicadiest08.pdf. Acesso em: 04/02/2016.

FREITAS, Juarez. Licitações públicas e o Princípio do Desenvolvimento Sustentável: novo conceito de proposta mais vantajosa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (org.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 873-890.

FREITAS, Marina Cardoso de. *As autorizações administrativas no direito brasileiro*. 2016. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FROSSARD, Leila Barbieri de Matos; Câmara, Leonor Moreira. *Poder de compras da administração pública federal: novas perspectivas para o debate acadêmico*. Encontro de Administração Pública e Governança da Anpad, Vitória, nov. 2010. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2010/2010_ENAPG393.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 251-284, mar./ago. 2012.

GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, nº 35, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74724>. Acesso em: 19/01/2016.

HANSON, Derek J. Foreign food aid procurement: why domestic preferencing requirements must be substantially reduced to more effectively and efficiently alleviate global hunger. *Public Contract Law Journal*, v. 39, n. 1, p. 51-70, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25755751>. Acesso em: 01/02/2016.

HARDEN, Ian. *The contracting State*. Buckingham, Philadelphia, Pa.: Open University Press, 1992.

JENSEN, Michael C.; Meckling, William H. *Journal of Financial Economics*, Rochester, v. 3, nº 4, p. 305-360, out. 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 10/10/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 47-72, jul./set. 2011.

KATTEL, Rainer; LEMBER, Veiko. Public procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries? *Journal of Public Procurement*, v. 10, Issue 3, p. 368-404, 2010.

KELMAN, Steven. Contracting. In: SALAMON, Lester M. (coord). *The tools of government: a guide to the new governance*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 282-318.

KELMAN, Steven. *Procurement and public management: the fear of discretion and the quality of government performance*. Washington, D.C.: AEI Press, 1990.

LEWINSOHN, Richard. O Estado como comprador. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano V, nº 2, maio 1942.

LINARELLI, John. Case for permitting SME procurement preferences. In: ARROWSMITH Sue; ANDERSON, Robert D. (ed.). *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 444-458.

LIPSKY, Michael. *Street-Level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 30th edition. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010.

MAMEDE, Filipe Regne. Compras verdes: o paradigma da sustentabilidade aplicado às licitações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, dez. 2011.

MARKOVITS, Daniel. *Contract law and legal methods*. New York, NY: Foundation Press, Thomson/West, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, vol. 8, nº 32, p. 57-71, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>. Acesso em: 14/06/2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. Malheiros: São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes - fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV - Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 511-716.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Parte III – Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 405-510.

MARTINS, Licínio Lopes. As novas directivas da União Europeia sobre contratação pública e concessões e a reforma das legislação dos estados-membros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 169-193.

MASHAW, Jerry Louis. Accountability and Institutional Design: some thoughts on the grammar of governance. In: DOWDLE, Michael (ed.). *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences*. Cambridge University Press, 2006, p. 115-156. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=924879>. Acesso em 20/01/2016.

MCCRUDDEN, Christopher. *Buying social justice – equality, government procurement & legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Marta de Castro. *The World Bank procurement regulations: a critical analysis of the enforcement mechanism and of the application of secondary policies in financed projects*. 2006. 378 f. Tese (Doutorado). Universidade de Nottingham, Nottingham (Inglaterra), 2006.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de Pregão*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONZONI, Mario; BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana Stocco. *Compras públicas sustentáveis como incentivo à inovação e à produção sustentável*. Anais do IX Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais – SIMPOI 2006 – FGV-EAESP. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15411?show=full>. Acesso em: 15/02/2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitações - LGL e o regime diferenciado de contratação - RDC*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, M. F.; VARGAS, E. R. O papel das compras governamentais na indução de inovações. *Contabilidade, Gestão e Governança*, Brasília, v. 12, n. 12, p. 35-43, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/66>. Acesso em 15/02/2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coords). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./set. 2012.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. *The Environmental Performance of Public Procurement: Issues of Policy Coherence*. Paris: OECD Publishing, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264101562-en>. Acesso em: 15/02/2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações públicas sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Jurksaitis, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 80-113.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias *et al.* (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 177-201.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA Junior, Jessé Torres; Dotti, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, Pedro Matias; Franco, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 5, p. 143-165, maio-agosto/2012. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo.pdf>. Acesso em: 20/05/2014.

POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.

QUENTAL, C.; Abreu, J. C.; BOMTEMPO, J. V.; Gadelha, C.A.G. Medicamentos genéricos no Brasil: impactos das políticas públicas sobre a indústria nacional. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 619-628, abril 2008. Disponível em: <http://>

www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000700011. Acesso em 15/02/2016.

QUINTANS, Luiz Cezar P. Ensaio crítico sobre a natureza do conteúdo local brasileiro: imperfeições no fomento à indústria local. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 28-57, 2012.

RAUEN, André Tortato. *Margens de preferência: limites à avaliação de resultados e impactos*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Nota Técnica nº 29, março de 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6520>. Acesso em: 21/08/2016.

REIS, Euler Kleber Nunes dos. *Análise da Jurisprudência do TCU sobre o Uso da Margem de Preferência nas Compras Governamentais e os seus Reflexos sobre a Nova Finalidade Licitatória do Desenvolvimento Nacional Sustentável*. 2015. 105f. Monografia (grau de bacharel) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10832/1/2015_EulerKleberNunesdosReis.pdf. Acesso em: 21/08/2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Limits of Cost/Benefit Analysis When Disasters Loom. *Global Policy*, volume 7, p. 56–66, maio 2016.

ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALAMON, Lester M. (coord). *The tools of government: a guide to the new governance*. New York: Oxford University Press, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Fabrício Vieira dos. Licitação sustentável: contribuição estatal para atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). *Licitações e contratações administrativas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 153-173.

SCHNEIDER, Anne L.; INGRAM, Helen. *Policy design for democracy*. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.

SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law. *Public Procurement Law Review*, nº 103, 2002. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620. Acesso em 12/03/2016.

SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, not protectionism. Baldwin, Richard; Evenett, Simon J. (org.). In: *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*. London: Centre for Economic Policy Research, 2009, p. 87-92. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1356170>. Acesso em: 10/01/2016.

SCHUCK, Peter H. *Foundations of administrative law*. 6th edition. New Providence, NJ: LexisNexis.

SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. Ministério de Justiça. *Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis*. Série Pensando o Direito, n. 49, v. 2, p. 175-244, 2013.

SILVA, Erivam Paulo da. *O uso do poder de compra do Estado como instrumento de política pública: a Lei Complementar nº 123/2006, sua implementação*. 2010. 180 f. Dissertação (Mestrado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3408/erivam.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01/02/2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3rd edition. New York/London: W. W. Northon & Company, 1999.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: Análise do Caso Brasileiro*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Texto para Discussão nº 1922, janeiro de 2014. Disponível em: <http://comprasgovernamentais.com.br/wp-content/uploads/2014/01/O-PODER-DE-COMPRAS-GOVERNAMENTAL.pdf>. Acesso em: 21/08/2016.

SSENOGA, Francis. Examining discriminatory procurement practices in developing countries. *Journal of Public Procurement*, v. 6, Issue 3, p. 218-249, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>. Acesso em: 08/08/2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45-79.

TAYLOR, Trent. The end of an era? How affirmative action in government contracting can survive after “Rothe”. *Public Contract Law Journal*, v. 39, n. 4, p. 853–878, 2010. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25755792>. Acesso em: 01/02/2016.

Toba, Marcos Maurício. O Processo da licitação. In: MEDAUAR, Odete (coord.). *Processo Administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p. 27-114.

TREPTE, Peter-Armin. *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global guidance principles for life cycle assessment databases: a basis for greener processes and products*, 2011. Disponível em: <http://www.unep.org/pdf/Global-Guidance-Principles-for-LCA.pdf>. Acesso em: 07/02/2016.

VIDAL, Laurant. Public contracts and sustainable development in France. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 75-103.

VIEIRA, André Luís. Contratações públicas sustentáveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 3144, abr. 2010.

WEIMER, David L.; Vining, Aidan R. *Policy analysis: concepts and practice*. 4th edition. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2005.

YUKINS, Christopher R. A Versatile prism: assessing procurement law through the principal-agent model. *Public Contract Law Journal*, v. 40, n. 1, p. 63-86, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1776295>. Acesso em: 12/03/2016.

Notícias

BAKER, Peter. Obama Orders Federal Contractors to Provide Workers Paid Sick Leave. *The New York Times*, Nova Iorque, 07/09/2015.

RITTNER, Daniel; MARCHESINI, Lucas. País quer abrir compra pública a estrangeiro. *Valor Econômico*, São Paulo, 28/12/2015.

WATANABE, Marta. Denúncia desestimula subsídios. *Valor Econômico*, São Paulo, 03/11/2014.

APÊNDICE I: LISTA E CLASSIFICAÇÃO DAS REGRAS DE FUNÇÃO DERIVADA

Tendo em vista o objetivo visado, foram estabelecidos os seguintes **critérios de pesquisa**: (i) restrição da pesquisa legislativa ao âmbito nacional; (ii) pesquisa realizada no site do Planalto³⁷²; (iii) palavras-chave utilizadas na busca (definidas sobretudo a partir de diplomas já conhecidos): aquisição(ões), compra, contratação(ões), licitação(ões), preferência(s), preferencial, desenvolvimento, sustentabilidade, fomento, fomentar, “conteúdo local”, “conteúdo nacional”, “processo produtivo básico”.

Em relação à seleção dos diplomas, foram estabelecidos dois cortes principais: (i) marco cronológico inicial em 05/10/1988 (data de promulgação da Constituição Federal) e final em 25/01/2016; (ii) leis em sentido formal (tipo de ato: leis ordinárias e leis complementares). Desse universo de leis, foram selecionados todos os dispositivos que contivessem uma **regra vigente de preferência ou requisito adicional aplicável, no âmbito da contratação pública, para determinado grupo potencial de fornecedores ou para determinado tipo de produto, serviço ou atividade**.³⁷³ Foram ainda analisadas as leis gerais de contratações públicas: Lei nº 8.666/1993, Lei das Concessões, Lei do Pregão, Lei das PPPs e Lei do RDC.

A seleção considerou a delimitação inicial de “função derivada” adotada neste trabalho, conforme trazida na Introdução. Foram adotados os seguintes critérios de seleção:

³⁷² Site: <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=/legisla/legislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>.

³⁷³ Ressalto que uso o termo “regra” para expressar um dispositivo constante em uma lei (diploma legislativo). Ao longo deste item, farei análises quanto às regras e às leis (ou diplomas legislativos) que preveem a função derivada, identificando o objeto a que me refiro.

(i) Exclusão das regras que imponham preferências ou requisitos para toda a cadeia produtiva (não se aplicando apenas para o mercado das compras públicas)³⁷⁴, ou que apenas reiteram a aplicação de norma de abrangência geral para o campo das compras públicas³⁷⁵.

(ii) Exclusão das regras que preveem uma preferência como o próprio objeto da contratação. Assim, por exemplo, as regras que disciplinam os contratos de prestação de serviços celebrados por organizações sociais não constituem, por si só, hipóteses de função derivada, uma vez que apenas regulam os ajustes entre Estado e essas entidades. A função derivada encontra-se na autorização para que o poder público celebre esses ajustes mediante dispensa de licitação – concedendo, nesse momento, preferência para que as entidades caracterizadas como organizações sociais acessem, de forma privilegiada, o mercado de prestação de serviços para o Estado.

(iii) Inclusão das hipóteses de preferências e obrigações que envolvam contratações entre entidades estatais (e, notadamente, a contratação de empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado que devem participar do setor produtivo em igualdade de condições com as demais

³⁷⁴ Por exemplo, não foram selecionadas as seguintes leis: Lei nº 10.295/2001 (dispõe sobre medidas de eficiência energética para todo o setor produtivo) e a Lei nº 11.936/2009 (proíbe a fabricação e o uso de diclorodifeniltricloreto – DDT, novamente para todo o setor produtivo).

³⁷⁵ Como no caso da preferência, em caso de desempate (art. 3º, § 2º, V, Lei nº 8.666/1993) ou como margem de preferência (art. 3º, § 5º, I, Lei nº 8.666/1993), para empresas que cumpram a reserva de cargos para deficientes ou reabilitado da previdência social determinada legalmente. Nesses casos, há lei geral, aplicável para todo o setor produtivo, que impõe uma obrigação (reserva de cargos para pessoas deficientes) geral para todas as empresas. A obrigação já existe; as regras da Lei nº 8.666/1993 buscam apenas torná-la mais efetiva, colocando uma “vantagem adicional” para aqueles que efetivamente a cumprir.

empresas privadas³⁷⁶). Embora essas regras estejam relacionadas à organização administrativa (de fato, descentralização administrativa), a facilitação do acesso das entidades estatais ao mercado das compras estatais constitui uma forma de função derivada, na medida em que facilita a promoção dos fins públicos atribuídos a essas entidades.³⁷⁷ Assim, a inclusão dessas hipóteses permite visualizar a função derivada também como instrumento para o fomento e a facilitação das atividades das entidades administrativas, bem como identificar como o poder público usa suas contratações públicas para fomentar essas entidades.³⁷⁸

³⁷⁶ Conforme Constituição Federal: “Art. 173, § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; (...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”.

³⁷⁷ Reconheço que essa preferência representa, de fato, uma decisão prioritariamente relacionada à organização administrativa. Veja-se, por exemplo, esse trecho de Carlos Ari Sundfeld, no qual o autor entende que as hipóteses de dispensa de contratação entre entes administrativos da mesma esfera são casos de inexigibilidade de licitação: “É, ainda, inexigível a licitação para contratar entidade estatal criada, em processo de descentralização, para realizar atividades tipicamente administrativas (prestação de serviços públicos ou desenvolvimento de atividades instrumentais, como a edificação de obras e a produção de bens necessários à Administração). (...) Os contratos diretos entre entidades da mesma Administração Pública, consequência que são do processo de descentralização, são operações legítimas, escoradas em competência constitucional inegável. Têm, destarte, por força do próprio direito constitucional, especificidades que inviabilizam o certame licitatório. Daí a inexigibilidade.” (Sundfeld, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 53 e p. 57). Minha opção por, ainda assim, enquadrar as hipóteses de dispensa das entidades administrativas como função derivada justifica-se pela configuração de uma preferência em relação às demais entidades privadas. Ademais, ressalto que a grande maioria das hipóteses encontradas configuram-se como preferências para empresas estatais, trazendo à tona o comando constitucional de que tais entes devem competir em condições de igualdade com as demais empresas privadas (conforme art. 173, § 1º).

³⁷⁸ Busco aqui regras que confirmam preferências (ou obrigações) às empresas estatais como entidades contratadas – e não regras que regulem as contratações das empresas estatais ou eventuais hipóteses de dispensas para elas próprias contratarem. Assim, por exemplo, a Lei nº 8.891/1994, que autoriza o Banco Central do Brasil a “contratar, independentemente de procedimento licitatório, empresas estrangeiras para impressão de cédulas do novo padrão monetário (...)”, não é considerada regra de função derivada, para os fins deste trabalho.

A lista abaixo compila as regras de função derivada selecionadas conforme os critérios de pesquisa e seleção aqui delimitados, e que foram utilizadas para a análise realizada ao longo do item 3.6.

Lista – Regras de função derivada

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
1)	Lei 8171	1991	Aquisição preferencial de estoques de alimentos de associação de pequeno e médio produtores (art. 31, § 3º)
2)	Lei 8171	1991	Contratação preferencial de proprietário rural para prestação de serviços de assistência técnica e fomento (art. 103, § único, III)
3)	Lei 8248	1991	Contratação preferencial de bens e serviços de informática e automação com conteúdo nacional (art. 3º)
4)	Lei 8666	1993	Preferência às empresas brasileiras no desempate de propostas (art. 3º, § 2)
5)	Lei 8666	1993	Dispensa de licitação para contratação de entidades da AP (art. 24, VIII)
6)	Lei 8666	1993	Dispensa de licitação para instituição brasileira sem fins lucrativos de pesquisa, do ensino, desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social do preso (art. 24, XIII)
7)	Lei 8883	1994	Parcelamento do objeto, sempre quando viável técnica e economicamente (art. 23, §§ 1º e 2º, Lei 8666)
8)	Lei 8883	1994	Dispensa de licitação para associação de portadores de deficiência física (art. 24, XX, Lei 8666)
9)	Lei 8958	1994	Dispensa de licitação para a contratação, pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, de instituições de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, cf. art. 24, XIII, Lei 8666/1993 (art. 1º)
10)	Lei 8987	1995	Preferência às empresas brasileiras, em igualdade de condições, no desempate das propostas (art. 15, § 4º)
11)	Lei 9648	1998	Possibilidade de parcelamento do objeto, se técnica e economicamente viável (art. 23, § 7º, Lei 8666)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
12)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratação de empresas fornecedoras de energia e gás (art. 24, XXII, Lei 8666)
13)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratação de subsidiárias de empresas estatais por suas controladoras (art. 24, XXIII, Lei 8666)
14)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços com as organizações sociais (art. 24, XXIV, Lei 8666)
15)	Lei 9787	1999	Preferência de aquisição, no âmbito do SUS, de medicamentos genéricos, desde que em igualdade de preços (art. 3º, § 2º)
16)	Lei 9991	2000	Obrigação de investimentos em atividades de P,I&D em energia elétrica (art. 1º a 3º)
17)	Lei 10973	2004	Dispensa de licitação por ICT ou agência de fomento para transferência de tecnologia e licenciamento de uso (art. 24, XXV, Lei 8666)
18)	Lei 10973	2004	Tratamento simplificado e preferencial para micro e pequenas empresas (art. 27, III)
19)	Lei 10973	2004	Tratamento simplificado e preferencial para empresas que invistam em inovação (art. 27, IV)
20)	Lei 11079	2004	Objetivo de obtenção de vantagens socioeconômicas pelo projeto (art. 4º, VII)
21)	Lei 11107	2005	Dispensa de licitação para contratação de entidades da AP e suas subsidiárias em caso de prestação associada de serviços públicos (art. 24, XXVI, Lei 8666)
22)	LC 123	2006	Preferência às MPE no acesso ao mercado de compras públicas (art. 1º, III)
23)	LC 123	2006	Simplificação na habilitação fiscal de MPE - exigência apenas na assinatura do contrato (art. 42)
24)	LC 123	2006	Simplificação na habilitação fiscal de MPE - possibilidade de participação, ainda que exista restrição (art. 43, § 1º)
25)	LC 123	2006	Preferência na escolha de proposta de MPE em caso de "empate" (até 10% a mais do menor preço ofertado) (art. 44 e 45)
26)	LC 123	2006	Licitação exclusiva para MPE para objeto de até R\$ 80 mil (art. 48, I)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
27)	LC 123	2006	Possibilidade de exigência de subcontratação de MPE (art. 48, II)
28)	LC 123	2006	Cota (até 25% do objeto da contratação), em caso de objetos divisíveis, para a contratação de MPE (art. 48, III)
29)	Lei 11284	2006	Julgamento de proposta técnica com consideração dos impactos ambientais, benefícios sociais e agregação de valor local (art. 26, II)
30)	Lei 11284	2006	Cláusulas contratuais de obrigação de recuperação ambiental, benefícios à comunidade e desempenho socioambiental (art. 30, VIII, IX e XIX)
31)	Lei 11284	2006	Divisão do objeto em lotes diferentes, para acesso por MPE (art. 33)
32)	Lei 11284	2006	Definição da outorga de concessão com consideração (entre outros) de benefícios sociais e competitividade (art. 36, § 2º, I, IV e VI)
33)	Lei 11445	2007	Dispensa de licitação para a contratação de catadores de lixo para a prestação de serviço de coleta e reciclagem (art. 24, XXVII, Lei 8666)
34)	Lei 11652	2008	Dispensa de licitação para contratação de entidades públicas e privadas para a formação da Rede Nacional de Comunicação Pública (art. 8º, § 2º, I)
35)	Lei 11652	2008	Dispensa de licitação para contratação da EBC (art. 8º, § 2º, II)
36)	Lei 11947	2009	Preferência na aquisição de alimentos locais e de agricultor familiar rural (art. 2º, V)
37)	Lei 11947	2009	Cota (pelo menos 30% de recursos repassados pelo FNDE) para aquisição de alimentos de agricultor familiar rural (art. 14)
38)	Lei 12101	2009	Preferência de contratação, no âmbito do SUS, de entidades beneficentes e sem fins lucrativos (art. 7º)
39)	Lei 12187	2009	Preferência para as propostas que propiciem redução do consumo de recursos naturais e emissão de gases (art. 6º, XII)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
40)	Lei 12188	2010	Dispensa de licitação de instituição para serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (art. 24, XXX, Lei 8666)
41)	Lei 12305	2010	Preferência de aquisição de produtos reciclados, recicláveis ou compatíveis com consumo social ou ambientalmente sustentável (art. 7º, XI, "a" e "b")
42)	Lei 12349	2010	Busca de desenvolvimento nacional sustentável pelas contratações (art. 3º, caput, Lei 8666)
43)	Lei 12349	2010	Margem de preferência para produtos e serviços nacionais - até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, §§ 5º a 9º, Lei 8666)
44)	Lei 12349	2010	Margem de preferência para produtos e serviços do Mercosul - até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, § 10, Lei 8666)
45)	Lei 12349	2010	Possibilidade de cláusula contratual de obrigação de compensações pelo contratado (art. 3º, § 11, Lei 8666)
46)	Lei 12349	2010	Possibilidade de contratação de sistemas de tecnologia e informação restritos à tecnologia produzida no país (art. 3º, § 12, Lei 8666)
47)	Lei 12349	2010	Dispensa de licitação para contratos de inovação e tecnologia (art. 24, XXXI, Lei 8666)
48)	Lei 12351	2010	Conteúdo nacional em contratos de partilha de P&G (art. 2º, VIII; art. 10, III, "e"; art. 15, VIII)
49)	Lei 12351	2010	Dispensa de licitação para celebração de contrato de partilha com a Petrobras (art. 12)
50)	Lei 12351	2010	Exigência de conteúdo nacional em contratos de concessão de P&G (art. 2º, X, Lei 9478)
51)	Lei 12462	2011	Busca de desenvolvimento nacional sustentável pelas contratações (art. 3º, caput)
52)	Lei 12462	2011	Busca da maior vantagem para a administração considerando critérios econômicos, sociais ou ambientais (art. 4º, III)
53)	Lei 12462	2011	Sempre que possível, determinação dos custos da contratação a partir dos custos locais (art. 4º, V)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
54)	Lei 12462	2011	Parcelamento do objeto, sempre quando viável técnica e economicamente (art. 4º, VI)
55)	Lei 12462	2011	Definição do objeto considerando fatores que reduzam consumo de energia e insumos e com sustentabilidade ambiental (art. 4º, § 1º, III; art. 9º, § 2º, I, "d")
56)	Lei 12462	2011	Exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na habilitação (art. 14, § único, II)
57)	Lei 12512	2011	Dispensa de licitação para aquisição de alimentos de agricultores familiares (art. 17)
58)	Lei 12550	2011	Dispensa de licitação para a contratação, pela AP, da EBSEH - empresa pública federal (art. 5º)
59)	Lei 12598	2012	Contratação exclusiva de empresa nacional ou objeto nacional para produtos de defesa (art. 3º, § 1º, I e II)
60)	Lei 12598	2012	Obrigaç�o contratual de transfer�ncia de tecnologia em caso de produtos de defesa (art. 3º, § 2º, II)
61)	Lei 12598	2012	Obrigaç�o contratual de percentual m�nimo de cont�duo nacional em caso de produtos de defesa (art. 3º, § 6º)
62)	Lei 12598	2012	Obrigaç�o contratual de compensa�es em caso de importa�o de produto de defesa (art. 4º)
63)	Lei 12715	2012	Dispensa de licita�o para transfer�ncia de tecnologia no SUS (art. 24, XXXII, Lei 8666)
64)	Lei 12745	2012	Obrigaç�o contratual de aquisi�o de produtos e servi�os nacionais (art. 3º-A, Lei 11578/2007)
65)	Lei 12745	2012	Dispensa de licita�o para contrata�o da Ceitec - empresa estatal federal (art. 18-A, Lei 11759/2008)
66)	Lei 12833	2013	Dispensa de licita�o, para contrata�o da Telebras - empresa estatal federal (art. 55, § 2º, Lei 12663/2012)
67)	Lei 12873	2013	Dispensa de licita�o para a contrata�o, pela Conab, de institui�o financeira p�blica federal para obras e servi�os de guarda de produtos agropecu�rios (art. 2º)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
68)	Lei 12873	2013	Dispensa de licitação para a contratação, pelo Ministério da Saúde, de instituição financeira oficial federal para prestação de serviços de avaliação e recuperação econômica (art. 42)
69)	Lei 12873	2013	Dispensa de licitação para contratação de entidades sem fins lucrativos para implementação de cisternas e tecnologias de acesso à água (art. 24, XXXIII, Lei 8666)
70)	LC 147	2014	Preferência genérica para micro e pequenas empresas na aplicação da margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3º, § 14, Lei 8666)
71)	LC 147	2014	Preferência genérica para micro e pequenas empresas (art. 5º-A, Lei 8666)
72)	LC 147	2014	Preferência para a contratação de MPE sediadas local ou regionalmente - até 10% do melhor preço válido (art. 48, § 3, LC 123/2006)
73)	Lei 13146	2015	Impedimento de participação, em compras públicas, de editora que não fornece livros acessíveis à pessoa com deficiência (art. 68, § 1º)
74)	Lei 13204	2015	Dispensa de licitação para contratação de fundação para aquisição de insumos estratégicos de saúde (art. 24, XXXIV, Lei 8666)
75)	Lei 13243	2016	Dispensa de licitação para aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento (art. 24, XXI, Lei 8666)
76)	Lei 13243	2016	Uso do poder de compra para indução da inovação (art. 19, § 2º, VIII; e § 6º, IX, Lei 10973)
77)	Lei 13243	2016	Obrigações de investimentos em pesquisa e desenvolvimento em contratos de concessões (art. 19, § 2º, XII; e § 6º, XI, Lei 10973)
78)	Lei 13243	2016	Cláusulas de compensação comercial, industrial e tecnológica (art. 19, § 6º, X, Lei 10973)

Para facilitar a descrição e análise do cenário do direito positivo como um todo, as regras de função derivada contidas nas leis selecionadas foram classificadas em uma tabela (formato "Excel"). Cada regra de função derivada foi alocada em uma linha diferente, em ordem cronológica de promulgação de cada dispositivo da lei que contém

regra de função derivada (e não por data de promulgação da lei em si). Contudo, tendo em vista o objetivo de verificar o movimento da função derivada no direito positivo ao longo dos anos, as regras de função derivada com conteúdo semelhante, veiculadas em dispositivos diferentes de uma mesma lei, foram agregadas em linha única (e, portanto, contadas apenas uma vez); por sua vez, regras semelhantes veiculadas em leis diferentes foram segregadas (e, assim, contadas mais de uma vez). Ademais, não foram computados em uma nova linha, como uma nova regra de função derivada, os dispositivos de leis mais recentes que, apenas alteraram a redação de uma regras de função derivada já existente sem, contudo, modificar seu comando. Nesse caso, foi registrada como regra de função derivada a mais antiga, com a indicação da alteração legislativa de redação posterior anotada no campo "observação".

A lista abaixo traz as principais classificações adotadas para as regras de função derivada selecionadas, e que foram utilizadas para as análises realizadas ao longo do item 3.6.

Lista – Classificação das regras de função derivada

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
1)	Lei 8171	Política setorial	1991	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem	Espec.
2)	Lei 8171	Política setorial	1991	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Serviço	Espec.
3)	Lei 8248	Política setorial	1991	Indústria nac.	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Espec.
4)	Lei 8666	Contração	1993	Indústria nac.	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
5)	Lei 8666	Contração	1993	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
6)	Lei 8666	Contração	1993	Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
7)	Lei 8883	Contração	1994	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
8)	Lei 8883	Contração	1994	Portadores de deficiência	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Geral
9)	Lei 8958	Política setorial	1994	Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
10)	Lei 8987	Contração	1995	Indústria nacional	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Concessão	Geral
11)	Lei 9648	Política setorial	1998	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Fac.	Bem e serviço	Geral
12)	Lei 9648	Contração	1998	Energia	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
13)	Lei 9648	Contração	1998	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
14)	Lei 9648	Contração	1998	Social	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
15)	Lei 9787	Política setorial	1999	Saúde	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem	Espec.
16)	Lei 9991	Política setorial	2000	P,I&D	Atividade	Obrigaçao contratual	Ob.	Concessão	Espec.

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
17)	Lei 10973	Política setorial	2004	P,I&D	Atividade	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
18)	Lei 10973	Política setorial	2004	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
19)	Lei 10973	Política setorial	2004	P,I&D	Misto	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
20)	Lei 11079	Contratação	2004	Desenv. sustent.	Atividade	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Geral
21)	Lei 11107	Política setorial	2005	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Concessão	Geral
22)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
23)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem e serviço	Geral
24)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem e serviço	Geral
25)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem e serviço	Geral
26)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Contratação exclusiva	Ob.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
27)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Obrigaçao contratual	Fac.	Bem e serviço	Geral
28)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Contração exclusiva	Ob.	Bem	Geral
29)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Atividade	Seleção da proposta	Ob.	Concessão	Espec.
30)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Ativ.	Obrigaçao contratual	Ob.	Concessão	Espec.
31)	Lei 11284	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Espec.
32)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Espec.
33)	Lei 11445	Política setorial	2007	Desenv. sustent.	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
34)	Lei 11652	Política setorial	2008	Comunicação	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
35)	Lei 11652	Política setorial	2008	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
36)	Lei 11947	Política setorial	2009	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem	Espec.
37)	Lei 11947	Política setorial	2009	Agrícola	Grupo	Contração exclusiva	Ob.	Bem	Espec.

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
38)	Lei 12101	Política setorial	2009	Saúde	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Serviço	Espec.
39)	Lei 12187	Política setorial	2009	Desenv. sustent.	Ativ.	Seleção da proposta	Ob.	Contratação (geral)	Geral
40)	Lei 12188	Política setorial	2010	Agrícola	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
41)	Lei 12305	Política setorial	2010	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Contratação (geral)	Geral
42)	Lei 12349	Contratação	2010	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
43)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral
44)	Lei 12349	Contratação	2010	Internacional	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral
45)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Obrigaçao contratual	Fac.	Bem e serviço	Geral
46)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Contratação exclusiva	Fac.	Bem e serviço	Espec.
47)	Lei 12349	Contratação	2010	P,I&D	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
48)	Lei 12351	Política setorial	2010	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Ob.	Concessão	Espec.
49)	Lei 12351	Política setorial	2010	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Concessão	Espec.
50)	Lei 12351	Política setorial	2010	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Ob.	Concessão	Espec.
51)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
52)	Lei 12462	Contração	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
53)	Lei 12462	Contração	2011	Desenv. sustent.	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
54)	Lei 12462	Contração	2011	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
55)	Lei 12462	Contração	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
56)	Lei 12462	Contração	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Habilitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
57)	Lei 12512	Política setorial	2011	Agrícola	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
58)	Lei 12550	Política setorial	2011	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
59)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Contração exclusiva	Fac.	Bem e serviço	Espec.
60)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigações contratuais	Ob.	Bem e serviço	Espec.
61)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigações contratuais	Fac.	Bem e serviço	Espec.
62)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigações contratuais	Ob.	Bem e serviço	Espec.
63)	Lei 12715	Política setorial	2012	Saúde	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
64)	Lei 12745	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigações contratuais	Fac.	Bem	Geral
65)	Lei 12745	Política setorial	2012	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
66)	Lei 12833	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
67)	Lei 12873	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
68)	Lei 12873	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
69)	Lei 12873	Política setorial	2013	Social	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
70)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
71)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
72)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral
73)	Lei 13146	Política setorial	2015	Portadores de deficiência	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem	Espec.
74)	Lei 13204	Contração	2015	Saúde	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
75)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
76)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Fac.	Bem e serviço	Espec.
77)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Obrigações contratuais	Fac.	Concessão	Espec.
78)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Obrigações contratuais	Fac.	Bem e serviço	Espec.

APÊNDICE II: JURISPRUDÊNCIA DO TCU – PREFERÊNCIAS DA LC Nº 123/2006

Este apêndice lista as decisões do Tribunal de Contas da União referentes às preferências trazidas pelos art. 44 a 48, da Lei Complementar nº 123/2006, que foram analisadas e selecionadas para comentários no item 3.8.3.2.

A pesquisa de jurisprudência foi realizada entre 11/10/2016 e 12/10/2016, com as seguintes palavras-chave: microempresa e licitação e preferência e desempate; microempresa e reservada; microempresa e inidoneidade e 123.

Ressalte-se que foram **analisados e excluídos** da seleção final, pois apenas mencionam as preferências às micro e pequenas empresas nas licitações, mas sem que haja juízo específico em relação ao tema, os seguintes acórdãos: Acórdão nº 1929/2013, Plenário; Acórdão nº 1448/2013, Plenário; Acórdão nº 547/2013, Plenário; Acórdão nº 2425/2012, Plenário; Acórdão nº 122/2012, Plenário; Acórdão nº 797/2011, Plenário; Acórdão nº 339/2010, Plenário; Acórdão nº 79/2010, Plenário; Acórdão nº 2505/2009, Plenário; Acórdão nº 925/2009, Plenário; Acórdão nº 168/2009, Plenário.

1) Declaração indevida de enquadramento como micro ou pequena empresa

• Enquadramento considerado regular:

1. Acórdão nº 1280/2014, 2ª Câmara, data da sessão: 01/04/2014
2. Acórdão nº 3357/2012, Plenário, data da sessão: 05/12/2012
3. Acórdão nº 1323/2012, Plenário, data da sessão: 30/05/2012

• **Enquadramento considerado irregular³⁷⁹:**

4. Acórdão nº 10952/2016, 2ª Câmara, data da sessão: 04/10/2016
5. Acórdão nº 2446/2016, Plenário, data da sessão: 21/09/2016 IN
6. Acórdão nº 2058/2016, Plenário, data da sessão: 10/08/2016 IN
7. Acórdão nº 1519/2016, Plenário, data da sessão: 15/06/2016 IN
8. Acórdão nº 1219/2016, Plenário, data da sessão: 18/05/2016
9. Acórdão nº 1868/2015, Plenário, data da sessão: 29/07/2015 IN
10. Acórdão nº 4638/2015, 2ª Câmara, data da sessão: 28/07/2015
11. Acórdão nº 1668/2015, Plenário, data da sessão: 08/07/2015 IN
12. Acórdão nº 1370/2015, Plenário, data da sessão: 03/06/2015 IN
13. Acórdão nº 504/2015, Plenário, data da sessão: 11/03/2015
14. Acórdão nº 485/2015, Plenário, data da sessão: 11/03/2015
15. Acórdão nº 330/2015, Plenário, data da sessão: 04/03/2015
16. Acórdão nº 815/2015, 2ª Câmara, data da sessão: 03/03/2015
17. Acórdão nº 3186/2014, Plenário, data da sessão: 19/11/2014 IN
18. Acórdão nº 2921/2014, Plenário, data da sessão: 29/10/2014 IN
19. Acórdão nº 2578/2014, Plenário, data da sessão: 01/10/2014 IN
20. Acórdão nº 2392/2014, Plenário, data da sessão: 10/09/2014
21. Acórdão nº 2349/2014, Plenário, data da sessão: 03/09/2014 IN
22. Acórdão nº 2250/2014, Plenário, data da sessão: 27/08/2014 IN
23. Acórdão nº 1797/2014, Plenário, data da sessão: 09/07/2014 IN
24. Acórdão nº 1617/2014, Plenário, data da sessão: 18/06/2014 IN
25. Acórdão nº 1104/2014, Plenário, data da sessão: 30/04/2014 IN
26. Acórdão nº 999/2014, Plenário, data da sessão: 16/04/2014 IN
27. Acórdão nº 998/2014, Plenário, data da sessão: 16/04/2014 IN
28. Acórdão nº 923/2014, Plenário, data da sessão: 09/04/2014 IN
29. Acórdão nº 922/2014, Plenário, data da sessão: 09/04/2014 IN
30. Acórdão nº 836/2014, Plenário, data da sessão: 02/04/2014 IN
31. Acórdão nº 815/2014, Plenário, data da sessão: 02/04/2014 IN
32. Acórdão nº 709/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN
33. Acórdão nº 740/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN
34. Acórdão nº 745/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN

³⁷⁹ Os acórdãos com a notação "IN" ao final significam que a decisão final foi de aplicação da pena de declaração de inidoneidade.

35. Acórdão nº 653/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
36. Acórdão nº 638/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
37. Acórdão nº 626/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
38. Acórdão nº 352/2014, Plenário, data da sessão: 19/02/2014 IN
39. Acórdão nº 338/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
40. Acórdão nº 276/2014, Plenário, data da sessão: 12/02/2014
41. Acórdão nº 272/2014, Plenário, data da sessão: 12/02/2014 IN
42. Acórdão nº 125/2014, Plenário, data da sessão: 29/01/2014
43. Acórdão nº 124/2014, Plenário, data da sessão: 29/01/2014
44. Acórdão nº 3437/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
45. Acórdão nº 3436/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
46. Acórdão nº 3435/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
47. Acórdão nº 3434/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
48. Acórdão nº 3415/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013
49. Acórdão nº 3242/2013, Plenário, data da sessão: 27/11/2013
50. Acórdão nº 3211/2013, Plenário, data da sessão: 27/11/2013 IN
51. Acórdão nº 3113/2013, Plenário, data da sessão: 20/11/2013 IN
52. Acórdão nº 3037/2013, Plenário, data da sessão: 13/11/2013 IN
53. Acórdão nº 2978/2013, Plenário, data da sessão: 06/11/2013 IN
54. Acórdão nº 2977/2013, Plenário, data da sessão: 06/11/2013 IN
55. Acórdão nº 2858/2013, Plenário, data da sessão: 23/10/2013 IN
56. Acórdão nº 2682/2013, Plenário, data da sessão: 02/10/2013 IN
57. Acórdão nº 2452/2013, Plenário, data da sessão: 11/09/2013 IN
58. Acórdão nº 2310/2013, Plenário, data da sessão: 28/08/2013 IN
59. Acórdão nº 2236/2013, Plenário, data da sessão: 21/08/2013
60. Acórdão nº 2235/2013, Plenário, data da sessão: 21/08/2013 IN
61. Acórdão nº 2134/2013, Plenário, data da sessão: 14/08/2013 IN
62. Acórdão nº 1906/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
63. Acórdão nº 1905/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
64. Acórdão nº 1904/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
65. Acórdão nº 1903/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
66. Acórdão nº 1902/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
67. Acórdão nº 1901/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
68. Acórdão nº 1900/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN

69. Acórdão nº 1902/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
70. Acórdão nº 1899/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
71. Acórdão nº 1898/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
72. Acórdão nº 1897/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
73. Acórdão nº 1896/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
74. Acórdão nº 1895/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
75. Acórdão nº 1894/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
76. Acórdão nº 1893/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
77. Acórdão nº 1834/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
78. Acórdão nº 1833/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
79. Acórdão nº 1832/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
80. Acórdão nº 1831/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
81. Acórdão nº 1830/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
82. Acórdão nº 1829/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
83. Acórdão nº 1828/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
84. Acórdão nº 1827/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
85. Acórdão nº 1826/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
86. Acórdão nº 1825/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
87. Acórdão nº 1783/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
88. Acórdão nº 1782/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
89. Acórdão nº 1781/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
90. Acórdão nº 1780/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
91. Acórdão nº 1779/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
92. Acórdão nº 1778/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
93. Acórdão nº 1777/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
94. Acórdão nº 1776/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
95. Acórdão nº 1707/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
96. Acórdão nº 1706/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
97. Acórdão nº 1705/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
98. Acórdão nº 1704/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
99. Acórdão nº 1703/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
100. Acórdão nº 1702/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
101. Acórdão nº 1701/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
102. Acórdão nº 1700/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN

103. Acórdão nº 1699/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
104. Acórdão nº 1698/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
105. Acórdão nº 1609/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
106. Acórdão nº 1608/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
107. Acórdão nº 1607/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
108. Acórdão nº 1606/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
109. Acórdão nº 1605/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
110. Acórdão nº 1604/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
111. Acórdão nº 1603/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
112. Acórdão nº 1602/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
113. Acórdão nº 1601/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
114. Acórdão nº 1537/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
115. Acórdão nº 1536/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
116. Acórdão nº 1535/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
117. Acórdão nº 1534/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
118. Acórdão nº 1533/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
119. Acórdão nº 1532/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
120. Acórdão nº 1531/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
121. Acórdão nº 1530/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
122. Acórdão nº 1529/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
123. Acórdão nº 1528/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
124. Acórdão nº 1527/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
125. Acórdão nº 1526/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
126. Acórdão nº 1525/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
127. Acórdão nº 1405/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
128. Acórdão nº 1404/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
129. Acórdão nº 1403/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
130. Acórdão nº 1402/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
131. Acórdão nº 1401/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
132. Acórdão nº 1400/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
133. Acórdão nº 1399/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
134. Acórdão nº 1398/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
135. Acórdão nº 1397/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
136. Acórdão nº 1377/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN

137. Acórdão nº 1372/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
138. Acórdão nº 1331/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
139. Acórdão nº 1330/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
140. Acórdão nº 1329/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
141. Acórdão nº 1328/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
142. Acórdão nº 1327/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
143. Acórdão nº 1326/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
144. Acórdão nº 1325/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
145. Acórdão nº 1324/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
146. Acórdão nº 1323/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
147. Acórdão nº 1322/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
148. Acórdão nº 206/2013, Plenário, data da sessão: 20/02/2013 IN
149. Acórdão nº 3359/2012, Plenário, data da sessão: 05/12/2012
150. Acórdão nº 1782/2012, Plenário, data da sessão: 11/07/2012 IN
151. Acórdão nº 1173/2012, Plenário, data da sessão: 16/05/2012 IN
152. Acórdão nº 903/2012, Plenário, data da sessão: 18/04/2012 IN
153. Acórdão nº 107/2012, Plenário, data da sessão: 25/01/2012 IN
154. Acórdão nº 3074/2011, Plenário, data da sessão: 23/11/2011 IN
155. Acórdão nº 3256/2011, Plenário, data da sessão: 07/12/2011 IN
156. Acórdão nº 2993/2011, Plenário, data da sessão: 16/11/2011 IN
157. Acórdão nº 2845/2011, Plenário, data da sessão: 25/10/2011 IN
158. Acórdão nº 2756/2011, Plenário, data da sessão: 19/10/2011 IN
159. Acórdão nº 2606/2011, Plenário, data da sessão: 14/09/2011 IN
160. Acórdão nº 2415/2011, Plenário, data da sessão: 14/09/2011 IN
161. Acórdão nº 2259/2011, Plenário, data da sessão: 24/08/2011 IN
162. Acórdão nº 2146/2011, Plenário, data da sessão: 17/08/2011
163. Acórdão nº 2101/2011, Plenário, data da sessão: 10/08/2011 IN
164. Acórdão nº 5161/2011, 2ª Câmara, data da sessão: 19/07/2011
165. Acórdão nº 1589/2011, Plenário, data da sessão: 15/06/2011 IN
166. Acórdão nº 1439/2011, Plenário, data da sessão: 01/06/2011 IN
167. Acórdão nº 1139/2011, Plenário, data da sessão: 01/06/2011 IN
168. Acórdão nº 1137/2011, Plenário, data da sessão: 04/05/2011 IN
169. Acórdão nº 970/2011, Plenário, data da sessão: 13/04/2011 IN
170. Acórdão nº 588/2011, Plenário, data da sessão: 16/03/2011 IN

- 171. Acórdão nº 744/2010, Plenário, data da sessão: 30/03/2011 IN
- 172. Acórdão nº 3381/2010, Plenário, data da sessão: 08/12/2010 IN
- 173. Acórdão nº 3228/2010, Plenário, data da sessão: 01/12/2010 IN
- 174. Acórdão nº 3217/2010, Plenário, data da sessão: 01/12/2010 IN
- 175. Acórdão nº 2928/2010, Plenário, data da sessão: 03/11/2010 IN
- 176. Acórdão nº 2924/2010, Plenário, data da sessão: 03/11/2010
- 177. Acórdão nº 2847/2010, Plenário, data da sessão: 27/10/2010
- 178. Acórdão nº 2846/2010, Plenário, data da sessão: 27/10/2010 IN
- 179. Acórdão nº 1743/2010, Plenário, data da sessão: 21/07/2010 IN
- 180. Acórdão nº 1972/2010, Plenário, data da sessão: 11/08/2010 IN
- 181. Acórdão nº 2578/2010, Plenário, data da sessão: 29/09/2010 IN³⁸⁰
- 182. Acórdão nº 1650/2010, Plenário, data da sessão: 14/07/2010
- 183. Acórdão nº 1028/2010, Plenário, data da sessão: 12/05/2010 IN
- 184. Acórdão nº 193/2010, Plenário, data da sessão: 10/02/2010

2) Inconstitucionalidade das preferências

- 185. Acórdão nº 1231/2008, Plenário, data da sessão: 25/06/2008

3) Não aplicabilidade das preferências – exceções do art. 49

- 186. Acórdão nº 2387/2008, Plenário, data da sessão: 29/10/2008

4) Cumulação de preferência às MPE e restrições locais

- 187. Acórdão nº 2957/2011, Plenário, data da sessão: 09/11/2011

5) Aplicação da preferência para informática e micro/pequena empresa

- 188. Acórdão nº 4056/2010, Plenário, data da sessão: 06/07/2010
- 189. Acórdão nº 4241/2012, 2ª Câmara, data da sessão: 19/06/2012

6) Alegação de que a preferência não se aplica

- 190. Acórdão nº 2055/2016, Plenário data da sessão: 10/08/2016
- 191. Acórdão nº 2439/2016, Plenário data da sessão: 21/09/2016

³⁸⁰ Acórdão posteriormente anulado pelo Acórdão nº 2072/2011, Plenário, data da sessão: 10/08/2011, em razão de não observância à ampla defesa e ao contraditório.

7) Não previsão, no edital, da preferência às MPes em caso de empate

- 192. Acórdão nº 1292/2015, Plenário, data da sessão: 27/05/2015
- 193. Acórdão nº 265/2010, Plenário, data da sessão: 24/02/2010
- 194. Acórdão nº 5376/2012, 2ª Câmara, data da sessão: 24/07/2012
- 195. Acórdão nº 1742/2016, Plenário, data da sessão: 06/07/2016

8) Interpretação equivocada da lei

- 196. Acórdão nº 549/2016, Plenário, data da sessão: 09/03/2016
- 197. Acórdão nº 1003/2016, Plenário, data da sessão: 27/04/2016
- 198. Acórdão nº 254/2014, 2ª Câmara, data de sessão: 04/02/2014
- 199. Acórdão nº 10604/2011, 2ª Câmara, data de sessão: 01/11/2011

As compras públicas vêm sendo direcionadas para enfrentar problemas diversos da sociedade, tais como redução das desigualdades, o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental. Com novos objetivos atribuídos para elas, quais são os impactos na maneira pela qual se entende juridicamente o processo de contratação pública? Que problemas e questões emergem das partir contratações públicas que extravasam seu objetivo original? Haveria limite para o Estado interferir e influenciar o comportamento do mercado, por meio de seu poder de compra? A própria função das contratações públicas merece ser repensada: afinal, para o que servem? Este livro tem por objetivo examinar como o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil vem percebendo e conformando o poder de contratar estatal como instrumento transversal de políticas públicas, o que vem gerando a atribuição de finalidades diversas e derivadas às contratações públicas.

ISBN 978-85-256-0102-5



9 788525 601025