

Margens de preferência nas contratações públicas e promoção do desenvolvimento econômico*

Preference margins in public procurement and economic development promotion

Danilo Miranda Vieira**

RESUMO

O artigo analisa, inicialmente, o uso da licitação com função regulatória e de fomento. Em seguida, passa-se ao tema mais específico acerca do estabelecimento de margens de preferência como critério válido de discriminação nas licitações públicas. O mecanismo das margens de preferência é analisado como um dos instrumentos de política industrial passível de utilização para o enfrentamento do processo de desindustrialização pelo qual passa o Brasil. São examinadas as normas específicas que tratam das margens introduzidas na Lei nº 8.666/1993 e parcialmente reiteradas na nova lei de licitações (Lei nº 14.133/2021), fazendo-se sugestões de alteração. Ao final, conclui-se pela compatibilidade da política de

* Artigo recebido em 18 de outubro de 2019 e aprovado em 16 de abril de 2020. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v282.2023.88638>.

** Mestre e doutorando em direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Área de concentração 1 (transformações do direito público). Linha de pesquisa 1.2 (Estado e regulação). Procurador do município do Recife. E-mail: dmv_pe@hotmail.com.

margens de preferência com o princípio da isonomia, sem prejuízo da necessidade de aprimoramento da disciplina legal específica, a fim de que cumpra com maior eficácia a finalidade para a qual foi criada.

PALAVRAS-CHAVE

contratações públicas — função regulatória — margens de preferência — desenvolvimento nacional — política industrial — princípio da isonomia

ABSTRACT

The article initially analyzes the use of bidding with regulatory function. Then, the text analyzes the more specific theme about establishing preference margins as a valid criterion of discrimination in public tenders. The preference margin mechanism is analyzed as one of the industrial policy instruments that can be used to confront the deindustrialization process that Brazil is going through. The specific rules dealing with margins introduced in Law No. 8,666/1993 and partially repeated in the new bidding law (Law No. 14,133/2021) are examined, making suggestions for changes. In the end, it is concluded that the preference margin policy is compatible with the principle of isonomy, but the specific legal discipline should be improved to better fulfill the purpose for which it was created.

KEYWORDS

public procurement — regulatory function — preference margins — national development — industrial policy — principle of isonomy

1. Introdução

Tradicionalmente, sempre foi atribuída às licitações públicas a clássica dupla finalidade de busca da melhor proposta para a administração aliada ao respeito à isonomia entre os licitantes. Nesse sentido é a redação original do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e o que se depreende da Constituição Federal, segundo a qual as contratações públicas dependem, em regra, de processo licitatório que assegure igualdade de condições entre os licitantes e permita apenas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais.

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

Conforme dados da OCDE de 2015, as compras públicas representam cerca de 29% do total de gastos dos governos. Os países-membros da organização gastam com aquisições públicas, em média, o equivalente a 12,1% do PIB, variando de 5,1% no México a 20,2% na Holanda.¹ Na União Europeia, esse percentual é de aproximadamente 19% do PIB do bloco.² No Brasil, conforme dados de 2012, as despesas com compras governamentais chegaram a um montante próximo a 15% do PIB. O Estado é, assim, o maior comprador de bens e serviços na economia brasileira, como na maioria dos países. E o governo federal é o maior comprador de bens e serviços no setor público nacional, respondendo por cerca de 60% do total das compras governamentais.³

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

O objetivo principal do presente artigo é o exame quanto à possibilidade jurídica da utilização do poder de compra do Estado com essa função

¹ OCDE. *Government at a glance 2017*. 2017. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2017_gov_glance-2017-en. Acesso em: 15 out. 2019.

² UE. *Study on “Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies”*: final report. 2015. Disponível em: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en. Acesso em: 15 out. 2019.

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

⁴ RAUEN, André Tortato. Risco e incerteza na aquisição pública de P & D: a experiência norte-americana. In: André Tortato Rauen, *Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil*, op. cit., p. 375-412.

regulatória e de fomento, procurando expor suas potencialidades e limites, de acordo com as normas do ordenamento vigente. O tema mais específico é a instituição de margens de preferência em favor de bens manufaturados e serviços nacionais nas licitações públicas, possibilidade atualmente prevista na lei geral de licitações.

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

2. As licitações e contratações públicas como meio de fomento ao desenvolvimento nacional sustentável

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

Como fundamento constitucional para a função regulatória das licitações e contratos administrativos, pode-se apontar as seguintes normas constitucionais: os objetivos fundamentais da República, especialmente o de “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II); os princípios da ordem econômica, em especial o da soberania nacional, livre concorrência, defesa do

meio ambiente, busca do pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte constituídas e sediadas no país (art. 170, I, IV, VI, VIII e IX); o dever de incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação (art. 218); o dever de incentivo ao mercado interno (art. 219); e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Além, é claro, das formas de intervenção do Estado na economia, expressamente previstas no art. 174, *caput*, do texto constitucional. De modo que, em face desse arcabouço constitucional, não haveria óbice em se utilizar a licitação como instrumento de regulação e estímulo a atividades econômicas que contribuam para promover esses valores. Sem sacrificar, por outro lado, sua função precípua de atender à necessidade administrativa a ser suprida com a execução do objeto contratado.

A legitimidade do uso da licitação como instrumento de regulação da economia é reconhecida por grande parte da doutrina especializada nacional. Ainda em 2009, Luciano Ferraz já afirmava, a partir de uma leitura constitucionalizada da licitação, que ela pode servir para a regulação do mercado, a fim de torná-lo mais livre e competitivo, bem como para indução de determinadas práticas passíveis de gerar resultados benéficos para a sociedade em geral.⁵ Diversos outros autores também reconhecem o papel regulatório e de fomento que pode ser exercido pelas licitações e contratações públicas.⁶

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a função regulatória e de fomento das licitações e contratações públicas, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, em que se discutia a

⁵ FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁶ ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, p. 269-312, dez. 2013. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2432>. Acesso em: 15 out. 2019. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73-75. JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARÇAL-JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-RAFAEL-CARVALHO-RAFAEL-FREITAS.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

constitucionalidade da Lei nº 9.637/1998, que dispõe sobre as organizações sociais. Na ementa do julgado, restou consignado que as dispensas de licitação instituídas pela lei “têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas”.⁷

A Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, resultado de conversão da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, inseriu, no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como finalidade expressa das licitações, ao lado das clássicas finalidades de respeito à isonomia e busca da proposta mais vantajosa. Assim, de acordo com a própria dicção legal, a nova finalidade de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” se encontra no mesmo patamar normativo das clássicas finalidades de há muito já reconhecidas. Percebe-se a clara intenção de se consagrar a função regulatória e de fomento das compras públicas, mediante a positivação expressa da nova finalidade legal. Vale notar que previsão similar se encontra atualmente mantida na nova lei de licitações, conforme art. 5º e art. 11, IV, da Lei nº 14.133/2021.

3. Isonomia e função regulatória da licitação

Importante questão a ser enfrentada é a compatibilidade da função regulatória das licitações com o princípio da isonomia, tendo em vista que essa dimensão das contratações públicas pode, eventualmente, levar a preferências em favor de determinados produtos, serviços ou fornecedores, sem que haja relação direta com a satisfação da necessidade administrativa a ser suprida mediante o cumprimento do objeto contratual. No âmbito da licitação, a lei autoriza, em regra, estabelecer distinções que sejam necessárias ao cumprimento do objeto contratual (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993). Mas quando se fala na função regulatória ou indutora das licitações e contratações públicas, não é disso que se trata, mas da possibilidade de se estabelecerem distinções e preferências que não digam respeito diretamente

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1923/DF*. Relator p/ acórdão: min. Luiz Fux. Julgamento: 16/4/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 out. 2019.

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

Inicialmente, é de ver-se que a própria Constituição consagra a “igualdade de condições a todos os concorrentes” como princípio fundamental das licitações (art. 37, XXI). A igualdade diz respeito à relação entre dois ou mais sujeitos, com base em um critério de comparação e visando o alcance de determinada finalidade; além de não ser constitucionalmente vedado, o critério de discriminação eleito deve ser adequado à consecução de finalidade também compatível com o texto constitucional.⁸ Afirmar que o processo licitatório deve assegurar a igualdade de todos os concorrentes não diz muita coisa, pois apenas reitera o princípio constitucional da isonomia. Princípio esse que, em seu sentido material, pode fundamentar diferenças de tratamento entre os licitantes, desde que legítimas e pertinentes para o alcance de alguma finalidade de natureza constitucional.

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

Em princípio, portanto, deve ser considerada inconstitucional a estipulação de requisitos de habilitação dessa natureza que tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável ou o tratamento favorecido a microempresas, por exemplo. Por ofensa ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia relativamente a tais requisitos, na forma delimitada pela Constituição. Ainda que se pretenda a concretização de valores igualmente consagrados em normas de estatura constitucional, a norma específica (também constitucional) atinente às licitações já determina a adequada execução

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 45, 48, 54, 57-58, 66. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 10-11, 17, 39, 42.

contratual como finalidade a ser buscada na análise da qualificação técnica e econômica dos licitantes sem que haja desrespeito à isonomia.

Quanto aos demais requisitos de habilitação e à fase de julgamento das propostas, deve-se obediência ao princípio da isonomia em sua acepção mais ampla, não havendo impedimento de natureza constitucional ao estabelecimento de distinções que não digam respeito exclusivamente à seleção da proposta técnica ou economicamente mais vantajosa, mas que também considerem aspectos atinentes ao alcance de outras finalidades constitucionalmente legítimas. É isso que autoriza, por exemplo, o estabelecimento de preferências com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável. A questão se resolve, assim, dentro da análise do próprio conteúdo material da igualdade, sem necessidade de sua ponderação com outros princípios constitucionais.

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

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

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

Quanto ao julgamento das propostas, igualmente não há impedimento de natureza constitucional a que essa fase esteja sujeita ao estabelecimento de distinções que não digam respeito exclusivamente à seleção da proposta técnica ou economicamente mais vantajosa, mas que também considerem aspectos atinentes ao alcance de outras finalidades constitucionalmente legítimas. É isso que autoriza, por exemplo, o estabelecimento legal de preferências a micro e pequenas empresas nas licitações, nos termos do art. 44, da Lei Complementar nº 123/2006, ou as preferências instituídas pela Lei nº 12.349/2010 e parcialmente mantidas na Lei nº 14.133/2021, com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Por outro lado, embora a Constituição determine que apenas os requisitos de qualificação técnica e econômica devem se limitar a exigências imprescindíveis ao cumprimento das obrigações contratuais, a Lei nº 8.666/1993 ampliou essa restrição para as cláusulas editalícias em geral. Por meio de seu art. 3º, §1º, I, a lei veda aos agentes públicos incluir nos editais cláusulas que restrinjam o caráter competitivo dos certames e estabeleçam preferências em razão de qualquer circunstância irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvadas as exceções legais. Disposições no mesmo sentido foram mantidas nas alíneas do inciso I do art. 9º da Lei nº 14.133/2021.

A regra legal, portanto, é que não só as exigências de qualificação técnica e econômica, mas todas as cláusulas editalícias em geral sejam orientadas à execução do objeto específico do contrato a ser celebrado. Com ressalva, por óbvio, das exceções referidas na própria legislação, seja nas leis gerais de licitações ou em leis específicas. Não se vislumbra inconstitucionalidade nessa ampliação da restrição constitucional. O que a lei não poderia era prever exigências de qualificação técnica e econômica com finalidade diversa do cumprimento do contrato. De todo modo, essa vedação não alcança as regras de fixação de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, as quais se encontram veiculadas no próprio texto legal. Deve-se analisar, contudo, se o estabelecimento de tais margens é de fato compatível com o princípio constitucional da isonomia, de acordo com os parâmetros anteriormente expostos.

4. O estabelecimento de margens de preferência para produtos e serviços nacionais como critério válido de discriminação nas licitações

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

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

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

4.1 *Desindustrialização, promoção do desenvolvimento e política industrial*

Tem sido objeto de intensa discussão entre os economistas o processo de perda de espaço da indústria na economia nacional. Um indicador relevante dessa realidade é a significativa queda de participação da indústria no PIB, que passou de 25% em 1985 para 15% em 2011, com base em dados do IBGE. De acordo com Bonelli, Pessoa e Matos, a redução da participação da indústria no PIB vem ocorrendo desde os anos 1970 e, caso se mantenha o ritmo atual, a indústria poderia chegar ao ponto de desaparecer em 2092.⁹

Essa desindustrialização tem gerado uma regressão na diversidade e complexidade da economia brasileira, cada vez mais dependente da produção e exportação de produtos primários ou com pequeno grau de industrialização, normalmente utilizados como insumos nas cadeias produtivas (*commodities*). Com base em dados do governo federal, Lazzarini, Jank e Inoue registram que, em 2001, as *commodities* (agrícolas, combustíveis, minerais e metais) constituíam menos de 50% da pauta exportadora do país; em 2011, esse percentual se elevava para mais de 70%.¹⁰

De acordo com Schymura e Pinheiro, seriam riscos concretos da desindustrialização a queda na produtividade da economia, a diminuição do dinamismo econômico e a redução das externalidades positivas associadas à atividade de pesquisa e desenvolvimento.¹¹ Na mesma linha é a opinião de outros estudiosos do tema, no sentido de que, embora a participação da indústria na economia tenda a diminuir com o aumento da renda *per capita*, esse processo pode ser prematuro em um país cuja renda *per capita* corresponde a apenas 20% da observada nos EUA (em 2010) e ainda é bem inferior à das economias avançadas do leste asiático.¹²

⁹ BONELLI, Regis; PESSOA, Samuel; MATOS, Silvia. Desindustrialização no Brasil: fatos e interpretação. In: BACHA, Edmar; DE BOLLE, Monica Baumgarten (Org.). *O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 45-80.

¹⁰ LAZZARINI, Sergio G.; JANK, Marcos Sawaya; INOUE, Carlos F. Kiyoshi V. *Commodities no Brasil: maldição ou bênção?* In: Edmar Bacha, Monica Baumgarten De Bolle, *O futuro da indústria no Brasil*, op. cit., p. 201-226.

¹¹ SCHYMURA, Luiz; PINHEIRO, Mauricio Canêdo. Política industrial brasileira: motivações e diretrizes. In: Edmar Bacha, Monica Baumgarten De Bolle, *O futuro da indústria no Brasil*, op. cit., p. 81-96.

¹² WILLIAMSON, John; ZAGHA, Roberto. Um ensaio sobre "O futuro da indústria no Brasil: desindustrialização em debate". *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 185-199, jan./mar. 2014.

Para Gala, a desindustrialização e a reprimarização da pauta exportadora com o avanço das *commodities* constituem fatores importantes para a estagnação da produtividade da economia brasileira em sua história recente. Foram estimulados setores com baixos ganhos potenciais de produtividade, havendo perda de espaço do setor de manufaturas complexas, potencialmente rico em economias de escala. Esse caminho de regressão tecnológica seguido pelo país nas últimas décadas, com a diminuição da sofisticação de seu tecido produtivo, seria a causa principal da referida estagnação da produtividade.¹³

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

Existem várias concepções sobre qual a melhor forma para se promover o desenvolvimento econômico. Há visões liberais e neoinstitucionalistas (mais ortodoxas e presentes no discurso econômico dominante), que defendem uma menor intervenção regulatória, cabendo ao Estado principalmente garantir um ambiente institucional seguro e estável para a atuação dos agentes econômicos em situação de livre concorrência ou, excepcionalmente, atuar na correção de graves falhas de mercado. A riqueza e a pobreza das nações seriam determinadas principalmente pelo conjunto de instituições políticas e econômicas adotadas em cada país. Instituições que moldam os incentivos econômicos que levam os indivíduos a se educarem, pouparem, investirem, inovarem etc. A trajetória econômica das nações se distinguiria conforme as diferentes instituições adotadas, as regras que influenciam como a economia funciona e os incentivos que motivam a população.¹⁴

Mas também há posições estruturalistas e desenvolvimentistas (tidas como heterodoxas por destoarem do discurso dominante), no sentido de que o padrão de especialização produtiva é a chave para se entender o processo de desenvolvimento econômico. Para os defensores dessa corrente, a maior sofisticação da estrutura produtiva é condição para o desenvolvimento.

¹³ GALA, Paulo. *Complexidade econômica: uma nova perspectiva para entender a antiga questão da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017. p. 100-102.

¹⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. Nova York: Crown Publishers, 2012. p. 45, 68.

Os países ricos e desenvolvidos são aqueles capazes de produzir e vender no mercado externo bens complexos e sofisticados; pobres são os que produzem e vendem bens simples e rudimentares. Para o processo de desenvolvimento, portanto, em regra faz diferença se o país produz principalmente bananas ou computadores, sendo insuficiente a mera adoção de instituições próprias das nações mais avançadas. Na verdade, a modernização institucional seria muito mais uma consequência do que causa do aumento da complexidade econômica dos países ricos.¹⁵

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

Isso não quer dizer que também não considerem a melhoria das instituições como fator importante para o desenvolvimento. Há evidências históricas e contemporâneas de que o aprimoramento institucional pode contribuir para o melhor desempenho econômico. Mas, de acordo com essa corrente de pensamento, a adoção de um bom quadro institucional será insuficiente se não for acompanhada de políticas públicas voltadas para uma maior sofisticação produtiva, a fim de direcionar a iniciativa econômica privada no caminho de atividades dotadas de maior complexidade, com especial destaque para a indústria manufatureira e os serviços sofisticados. Esse teria sido o caminho trilhado pela maioria dos países ricos ao longo de seu processo de desenvolvimento, distinto das políticas de irrestrita abertura comercial que atualmente recomendam aos países em desenvolvimento.¹⁶

Esses autores também refutam o argumento de que políticas mais ativas e protecionistas para promoção do desenvolvimento, embora úteis no passado, não seriam mais eficazes, pois os tempos seriam outros. Nesse sentido, com base em dados sobre o crescimento do PIB *per capita* de uma amostra de 116 países nos períodos de 1960-80 e de 1980-2000, Chang registra que a taxa de crescimento no primeiro período foi de 3,1% ao ano, enquanto no segundo reduziu-se a 1,4% ao ano. Ressalta ter sido justamente nesse segundo período

¹⁵ Paulo Gala, *Complexidade econômica*, op. cit., p. 39-41, 108-111.

¹⁶ CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 216-220.

em que foram disseminadas políticas de ampla liberalização econômica, identificadas com o chamado “neoliberalismo”. De modo que a grande maioria dos países teria obtido um crescimento mais rápido quando adotaram políticas tidas como ruins pelo discurso atualmente dominante.¹⁷

A questão que se coloca é saber quais atividades econômicas devem ser preferencialmente incentivadas para se promover o desenvolvimento. Ao comparar o setor industrial com o de produção de *commodities*, Gala¹⁸ aponta, além da superior produtividade do primeiro, os maiores efeitos de encadeamento por ele exercidos nas cadeias produtivas próprias e de outros setores, na medida em que a indústria de transformação “demanda insumos e oferta produtos de e para todos os demais setores da economia”. A produção manufatureira se caracteriza por um encadeamento longo de etapas produtivas, estimulando diversos setores econômicos. Na produção de um automóvel, por exemplo, é preciso antes fazer o motor, os pneus, os vidros etc. Um encadeamento nessa extensão não surge na agricultura ou na extração de *commodities*. O caminho do desenvolvimento mostra que é preciso produzir algo complexo e não apenas soja, trigo e milho.

Também nesse sentido, McMillan, Rodrik e Verduzco-Gallo¹⁹ afirmam que os países que conseguiram sair da pobreza e tornar-se mais ricos são aqueles que diversificaram suas economias para além da agricultura e outros produtos tradicionais. Na medida em que o trabalho e outros recursos se transferem da agricultura para atividades econômicas modernas, a produtividade geral e a renda crescem.

Ao analisar a trajetória de crescimento em diversos países ao longo do período de 1950-2005, Szirmai²⁰ conclui não restar dúvida que a manufatura constituiu importante motor do crescimento. E continua sendo um fator relevante, principalmente nos países em desenvolvimento. Argumenta que, nesses países, não há exemplos importantes de sucesso no desenvolvimento econômico desde 1950 que não tenham sido impulsionados pela industrialização.

¹⁷ Ibid., p. 211-214.

¹⁸ Paulo Gala, *Complexidade econômica*, op. cit., p. 37-38.

¹⁹ MCMILLAN, Margaret; RODRIK, Dani; VERDUZCO-GALLO, Íñigo. *Globalization, structural change, and productivity growth, with an update on Africa*. *World Development*, v. 63, p. 11-32, 2014. Disponível em: http://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/globalization_structural_change_productivity_growth_with_africa_update.pdf?m=1435002696. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁰ SZIRMAI, Adam. *Industrialisation as an engine of growth in developing countries, 1950-2005*. *Structural Change and Economic Dynamics*, v. 23, p. 406-420, dez. 2012.

Em uma perspectiva histórica de mais longo prazo, Chang²¹ identifica um padrão consistente de adoção de políticas industriais, comerciais e tecnológicas ativistas pelos atuais países ricos ao longo de seus estágios iniciais e intermediários de desenvolvimento. A passagem para atividades de maior valor agregado (como a indústria e serviços avançados), chave para o desenvolvimento, não teria se dado naturalmente, mas com o estímulo decisivo de políticas estatais focadas nesse sentido. É o que se observa desde a Inglaterra do século XV, passando pelos Estados Unidos do século XIX e primeira metade do século XX, até as economias do leste asiático no pós-guerra. A mudança teria sido apenas nos instrumentos envolvidos nesse esforço (mais variados e complexos com o passar do tempo), mas o padrão geral permaneceu o mesmo.

Também com base em extensa análise histórica, Reinert²² afirma ser incontestável o fato de que os países ricos se tornaram ricos porque, durante décadas ou mesmo séculos, seus governos e elites instituíram, subvencionaram e protegeram indústrias e serviços dinâmicos, conduzindo suas estruturas produtivas no caminho da fronteira tecnológica. Passaram, assim, por uma longa fase sem livre comércio, que apenas se tornou desejável a partir de determinado momento. A disseminação da riqueza na Europa e nas outras regiões desenvolvidas do mundo teria resultado de políticas conscientes de fomento. Segundo o autor, as lições da história demonstram que “os ventos do mercado e do *laissez-faire*” apenas sopram na direção do progresso quando um alto nível de desenvolvimento já foi alcançado. Quanto mais pobre o país, menos isso ocorre. Eventuais efeitos positivos de uma maior liberalização comercial seriam, assim, uma questão de contexto e momento certos.

Nesse passo, vale notar que mesmo o pai do liberalismo econômico e da ideia da “mão invisível do mercado” como melhor forma de organização da economia também reconhecia a especial importância do setor manufatureiro para o desenvolvimento. Ao destacar a importância da divisão do trabalho para o incremento da capacidade produtiva das nações, Adam Smith ressaltava que tal divisão é levada ao extremo em países com grau mais alto de industrialização e progresso. A agricultura não admitiria tantas subdivisões do trabalho como a manufatura. Já naquela época (1776), observava que as nações mais ricas em geral superam os seus vizinhos tanto na agricultura quanto na

²¹ Ha-Joon Chang, *Chutando a escada*, op. cit., p. 208.

²² REINERT, Erik S. *Como os países ricos ficaram ricos... e por que os países pobres continuam pobres*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 37-38, 60-61.

manufatura, mas normalmente se destacam mais por sua superioridade nesta do que naquela. Na agricultura, o trabalho nos países ricos nunca é tão mais produtivo quanto habitualmente se observa no caso da manufatura.²³

O Atlas de Complexidade Econômica, desenvolvido pela Universidade de Harvard e o MIT, fornece subsídios empíricos que também apontam nesse sentido. O atlas mede o grau de complexidade econômica com base na composição da pauta exportadora de cada país, sendo um importante indicador do nível de desenvolvimento econômico. Para os autores do atlas, a complexidade afeta o nível de renda *per capita* do país e influencia sua futura trajetória de crescimento. A chave para o desenvolvimento seria a acumulação de conhecimento produtivo e sua utilização em indústrias cada vez mais complexas.²⁴

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

É certo que há problemas e obstáculos para a implementação de políticas de fomento eficazes, que podem até mesmo não ter relação com a medida de incentivo em si mesma. Nesse passo, ainda que haja uma combinação e aplicação adequada das medidas de fomento disponíveis, a política pode não produzir os efeitos esperados em razão de outros fatores, com destaque especial para o câmbio. Isso porque uma taxa de câmbio demasiadamente valorizada tende a prejudicar o setor manufatureiro complexo, reduzindo sua lucratividade. Os produtos importados ficam mais baratos em relação aos

²³ SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Petersfield: Harriman House, 2007. p. 4.

²⁴ HAUSMANN, Ricardo; HIDALGO, César A. (Ed.). *The atlas of economic complexity: mapping paths to prosperity*. Cambridge, Massachusetts, Londres, England: MIT Press, 2013. p. 51, 65. Disponível em: <http://atlas.cid.harvard.edu/>. Acesso em: 10 out. 2019.

nacionais. As importações aumentam e as exportações caem.²⁵ A depender do nível dessa valorização, ela pode tornar inúteis os esforços em termos de política industrial. De modo que a taxa de câmbio é um fator fundamental a ser considerado nas estratégias de desenvolvimento sustentável pela via de uma maior sofisticação produtiva.

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

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

No âmbito do direito, percebe-se que a explicação estruturalista para o desenvolvimento fornece maiores subsídios para a adoção e justificativa de normas de fomento a determinadas atividades econômicas, como instrumentos importantes de política industrial. O papel do direito não se limitaria, portanto, a simplesmente garantir os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos, podendo ser também útil para estimular atividades econômicas com maior potencial de promover o desenvolvimento.

²⁵ Paulo Gala, *Complexidade econômica*, op. cit., p. 103-106.

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

5. As margens de preferência na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021

Um dos instrumentos que podem ser utilizados para o fomento estatal de atividades econômicas privadas é o estabelecimento de margens de preferência nas compras governamentais em favor de produtos e serviços nacionais. São apontadas algumas críticas contra esse mecanismo, a exemplo da decorrente perda de eficiência econômica nas contratações. Contudo, em se tratando do uso do poder de compra estatal como política de incentivo econômico, a majoração dos custos das contratações públicas com aplicação das margens é um efeito esperado de tal política. A análise desse aspecto é importante para avaliar se os custos incorridos justificam os eventuais benefícios obtidos, mas a mera constatação da perda de eficiência decorrente da escolha de proposta distinta da economicamente mais vantajosa não é suficiente para invalidar a política pública em questão.

Há economistas que reconhecem a importância das margens de preferência nas compras públicas como meio de fomento à economia nacional. Stiglitz e Charlton²⁶ argumentam que políticas de compras governamentais têm importante papel econômico e social, especialmente nos países em

²⁶ STIGLITZ, Joseph E.; CHARLTON, Andrew. *Fair trade for all: how trade can promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 274.

desenvolvimento. Podem ser utilizadas para incentivar indústrias domésticas ou encorajar o desenvolvimento de setores específicos de interesse nacional. Apontam que o nível dos gastos e a tentativa de direcioná-los para bens produzidos localmente constituem um importante instrumento macroeconômico, principalmente durante períodos de recessão, para combater a desaceleração econômica. Se a participação estrangeira aumenta, haverá desperdícios nas tentativas do governo de estimular a economia por meio do uso de seu poder de compra durante períodos de desaceleração.

Em uma perspectiva de direito comparado, vale destacar que o estabelecimento de preferências para produtos nacionais nas compras públicas está presente na legislação de diversos países. De acordo com informações do Ministério das Relações Exteriores (MRE) do Brasil, sobre restrições a investimentos estrangeiros em nove países e na União Europeia, a regra geral na China é a “necessidade de compra de bens e serviços nacionais, com exceções específicas”. A participação de fornecedores estrangeiros nas compras governamentais, além de excepcional, depende de autorização específica do governo. Mesmo em nações como os Estados Unidos, o *Buy American Act* dá preferência a produtos e materiais de construção domésticos em detrimento dos estrangeiros. É estabelecida uma margem de preferência que varia de 6% a 12%. O Departamento de Defesa aplica uma margem de 50% e outras agências governamentais podem estabelecer seus próprios adicionais. Também há regras de preferências para licitantes e/ou produtos nacionais nas compras públicas da Colômbia e México.²⁷

Na União Europeia, ao se analisar a Diretiva nº 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece as regras aplicáveis às contratações públicas, não se identificou norma geral sobre tratamento discriminatório em prejuízo de produtos originários de terceiros países.²⁸ Por outro lado, a Diretiva nº 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que traz regras relativas aos “contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais”, estabelece, em seu

²⁷ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Resposta ao requerimento de informação nº 2872 de 2017*. Disponível em: <http://www.paulogala.com.br/estados-unidos-japao-uniao-europeia-e-china-protagem-varios-setores-de-investidores-estrangeiros/setores-protégidos-de-investidores-estrangeiros-em-10-paises-resposta-para-dep-zarattini-pelo-mre/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

²⁸ UE. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014*. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20200101&from=EN>. Acesso em: 15 abr. 2020.

art. 85, que “qualquer proposta apresentada para adjudicação de um contrato de fornecimento pode ser rejeitada quando a parte de produtos originários de países terceiros [...] exceder em 50% o valor total dos produtos que compõem a proposta”. As disposições do referido artigo apenas se aplicam a produtos originários de países em relação aos quais “a União não tenha celebrado, num quadro multilateral ou bilateral, qualquer acordo que garanta um acesso comparável e efetivo das empresas da União aos mercados desses países”.²⁹

No Brasil, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 passou a prever, com a redação conferida pela Lei nº 12.349/2010, a possibilidade de se estabelecer, nos processos de licitação, margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (§5º, I). Previu-se também a possibilidade de fixação de uma margem de preferência adicional para produtos manufaturados e serviços nacionais “resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País” (§7º). Essa margem adicional configura, de forma mais específica, uma medida de estímulo à inovação pelo lado da demanda.

As margens de preferência (normal e adicional) devem ser definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo sua soma ultrapassar o montante de 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros (§8º). Nos termos dos incisos do §9º, as margens não se aplicam quando a capacidade de produção ou prestação do mercado doméstico for inferior à quantidade demandada ou ao quantitativo mínimo passível de ser cotado nas aquisições de bens de natureza divisível (§7º do art. 23). Já o §10 prevê a possibilidade de extensão da margem de preferência normal aos bens e serviços originários do Mercosul.

Além disso, de acordo com os termos da Lei nº 8.666/1993, o Executivo não seria livre para fixar as margens de preferência que bem entendesse. A fixação das margens deveria tomar por base estudos técnicos a serem revistos periodicamente, no prazo máximo de cinco anos, que levem em consideração os efeitos na geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, custo adicional dos produtos e serviços, e análise retrospectiva dos resultados obtidos (art. 3º, §6º). Tais estudos, portanto, deveriam analisar as externalidades positivas

²⁹ UE. *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 e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0025-20200101&from=EN>. Acesso em: 15 abr. 2020.

esperadas dos estímulos promovidos por meio das preferências em compras públicas.

A exigência de estudos técnicos prévios e posteriores à aplicação das margens é importante para dificultar a captura dos tomadores de decisão por grupos de interesse empresariais, dotando a decisão de um caráter mais técnico e permitindo uma maior fiscalização social do processo decisório. Embora seja necessário conferir maior publicidade a esses estudos, com acesso amplo aos interessados. O livre acesso aos estudos técnicos seria fundamental para se avaliar a efetiva legalidade das margens de preferência instituídas ainda com base na Lei nº 8.666/1993.

Nesse passo, vale destacar que disposições similares foram reiteradas no art. 26 da nova lei geral de licitações e contratos, particularmente em seu *caput* e §§ 1º a 5º, embora com algumas diferenças relevantes. Em primeiro lugar, o percentual máximo legalmente permitido para as margens de preferência foi reduzido de 25% para 10%, podendo chegar a 20% apenas para bens manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país. Tal sensível redução no limite máximo pode prejudicar a efetividade dessa política pública, a depender do que venha a ser observado na prática. Além disso, a Lei nº 14.133/2021 excluiu a exigência legal expressa acerca da necessária realização de tais estudos técnicos. O que parece ser um retrocesso em relação à disciplina legal anterior. De todo modo, não obstante a atual ausência de sua obrigatoriedade legal, permanece recomendável a realização de tais estudos para subsidiar a instituição e revisão de margens de preferência nas licitações.

De todo modo, a moldura legal flexível instituída pela Lei nº 12.349/2010 (e mantida em linhas gerais pela nova lei de licitações e contratos) permite que as margens de preferência sejam estabelecidas por decreto de forma específica e temporária, conforme as características e importância de cada setor, podendo ser revogadas diretamente pelo Executivo, quando se revelem ineficazes ou após o alcance de seus objetivos. Ou mesmo em caso de mudança das diretrizes de política industrial e comércio exterior do governo. Tudo isso, reitere-se, sem necessidade de alteração na lei, mediante a legítima edição de decretos do Executivo. A lei, portanto, não impõe a previsão de margens de preferência nas licitações para bens e serviços nacionais em geral, apenas autoriza seu estabelecimento pelo Poder Executivo.

Em face das características anteriormente expostas, as margens de preferência, na forma em que se encontram previstas em lei, parecem atender às exigências inclusive dos especialistas mais críticos a políticas de fomento

à indústria nacional. Revelam-se, assim, como um dos instrumentos (entre outros, como incentivos fiscais) que o governo federal pode adotar para estimular a economia nacional, com destaque para a produção de manufaturados. Reitere-se que não há a obrigatoriedade de sua utilização nem a imposição de uma margem de preferência fixa. A lei estabeleceu uma faculdade a ser exercida legitimamente pelos governos democraticamente eleitos, a depender da política econômica adotada e dos estudos técnicos que devem ser realizados prévia e posteriormente ao eventual estabelecimento das margens por decretos específicos. Sempre tendo em vista a finalidade constitucional de promoção do desenvolvimento nacional.

Vale destacar a existência de estudo técnico elaborado no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), por meio de sua Secretaria de Política Econômica (SPE), sobre o efetivo impacto das margens de preferência então existentes nas compras públicas.³⁰ De acordo com as conclusões desse estudo, em todos os setores em que as compras públicas foram induzidas pelas margens houve impactos positivos. Assim, conforme a própria avaliação técnica realizada, à luz dos dados empíricos observados, as margens até então aplicadas teriam efetivamente contribuído para a finalidade constitucional de interesse público em exame.

Não obstante, a partir do governo Temer essa política foi abandonada. Apesar disso, a previsão legal acerca da possibilidade de instituição das margens de preferência por decreto do Executivo continua vigente, inclusive na nova lei de licitações, permanecendo como opção de política pública passível de ser adotada pelo governo.

5.1 As margens de preferência da lei geral de licitações e o princípio da isonomia

Finalmente, à luz da exposição empreendida ao longo deste texto, pode-se concluir que o mecanismo legal das margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, na forma prevista na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021, é compatível com o princípio constitucional da isonomia

³⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. *Avaliação de impacto das margens de preferência nas compras governamentais*. Relatório final, 15/12/2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

em seu sentido material. Sua utilização nas licitações públicas pode ser apta a direcionar recursos para o fomento da indústria manufatureira nacional e do setor de serviços sofisticados, de modo a promover o desenvolvimento em diversos aspectos, como geração de emprego e renda e inovação tecnológica. Para tanto, a utilização das margens deve ser focada principalmente em setores específicos de maior complexidade tecnológica e nos quais a produção nacional tenha sofrido perda de competitividade em relação a fornecedores estrangeiros. As margens também devem ser previstas de forma temporária e vinculadas ao alcance de resultados factíveis razoavelmente definidos, para que não configurem mera medida protecionista em defesa de interesses empresariais privados. A moldura legal flexível, que prevê não a obrigatoriedade, mas a possibilidade de fixação das margens para setores e produtos específicos, de forma temporária, permite sua modulação de forma adequada.

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

5.2 *Sugestões de alteração*

Apesar da avaliação positiva acerca da política de margens de preferência, alguns pontos poderiam ser aperfeiçoados na legislação. Em primeiro lugar, mediante a exigência expressa de que seja dada a mais ampla publicidade possível aos estudos técnicos realizados, inclusive na internet. O que permitiria um efetivo acompanhamento social e pelos órgãos de controle quanto às razões que fundamentaram o estabelecimento das margens de preferência e sua eventual prorrogação. A maior transparência do processo decisório

seria útil para reduzir a influência de *lobbies* empresariais comprometidos com interesses exclusivamente privados. Ainda que não sejam vinculantes da decisão a ser tomada pelo governo democraticamente eleito e legitimado a adotar a política econômica que entenda mais adequada, é importante que seja dada a devida publicidade a tais estudos, para que não possam ser simplesmente ignorados pelos gestores sem maiores consequências.

Também seria recomendável exigir dos tomadores de decisão que, na hipótese de não acatarem as conclusões dos estudos realizados, exponham as razões que os levaram a decidir em sentido contrário à análise técnica. Exigências legais dessa ordem poderiam minimizar os riscos de inadequada configuração da política de margens de preferência, seja por incapacidade técnica ou por submissão dos gestores a grupos de pressão.

É necessário que haja a possibilidade real e não apenas teórica de remoção dos benefícios, caso tenham se revelado inócuos ou se, ao contrário, os resultados pretendidos já tiverem sido plenamente alcançados, com significativo ganho de eficiência pelo setor beneficiado. Para que não prevaleçam incentivos nocivos à manutenção indefinida das margens apenas para atender a grupos de pressão empresariais, independentemente da efetiva melhoria dos setores beneficiados em termos de eficiência e competitividade. O que configura uma espécie de “risco moral” das políticas de fomento. Aqui a legislação também pode exercer um papel importante para regulamentar esses pontos, deixando claro o caráter temporário e condicional das margens de preferência.

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

Por fim, não parece adequado fixar um teto percentual para as margens de preferência. A limitação a um percentual máximo já fixado de antemão pelo legislador não se afigura condizente com uma política pública que depende de uma análise tecnicamente complexa e influenciada por diversos fatores. Eventualmente, o adequado estímulo à produção nacional pode demandar uma margem superior ao teto máximo arbitrariamente fixado em lei. E não se vislumbra inconstitucionalidade em uma disciplina legal mais flexível quanto a esse aspecto, permitindo-se ao Executivo definir a margem aplicável a cada situação concreta. Sem prejuízo, por óbvio, da necessidade de avaliações de impacto e do caráter temporário e condicional do benefício, como já exposto.

Infelizmente, nenhuma alteração nesse sentido foi contemplada na nova lei de licitações. Mais do que isso, as modificações observadas no texto da Lei nº 14.133/2021 tendem a prejudicar a eficácia do mecanismo das margens de preferência. Com efeito, além de ser mantida a previsão de um teto percentual máximo para as margens de preferência, independentemente de avaliações técnicas para cada caso, esse limite máximo foi reduzido a menos da metade, passando de 25% para 10%. Apenas a margem adicional para fomento à inovação tecnológica pode alcançar 20%. E, mais grave ainda, foi simplesmente suprimida a necessidade de estudos técnicos para fundamentar a adoção da política de margens de preferência.

6. Conclusão

O poder de compra estatal pode ser utilizado como instrumento válido de fomento a atividades econômicas de interesse público, sem que haja ofensa à ordem constitucional vigente. Entre tais atividades, destacam-se a indústria e o setor de serviços sofisticados, que são de fundamental importância para o processo de desenvolvimento econômico, como revela a trajetória seguida pelos países atualmente desenvolvidos.

A concessão de margens de preferência de preços para a produção manufatureira nacional consiste em um dos mecanismos de uso do poder de compra nas licitações com a finalidade apontada. Na forma como se encontra atualmente previsto tanto na Lei nº 8.666/1993 (com vigência prestes a se encerrar) como na Lei nº 14.133/2021, revela-se compatível com o princípio da isonomia, podendo efetivamente contribuir com o processo de desenvolvimento. Embora sejam recomendáveis algumas alterações para aprimorar esse instrumento, conforme indicado neste trabalho.

Contudo, a nova lei geral de licitações e contratos foi em sentido contrário. Ainda que mantenha a previsão das margens de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais, as modificações que introduziu na disciplina legal sobre o tema tendem a contribuir para a progressiva ineficácia desse mecanismo de fomento.

Referências

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

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDES*, n. 40, p. 269-312, dez. 2013. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2432>. Acesso em: 15 out. 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. *Avaliação de impacto das margens de preferência nas compras governamentais*. Relatório final, 15/12/2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Resposta ao requerimento de informação nº 2872 de 2017*. Disponível em: <http://www.paulogala.com.br/estados-unidos-japao-uniao-europeia-e-china-protagem-varios-setores-de-investidores-estrangeiros/setores-prottegidos-de-investidores-estrangeiros-em-10-paises-resposta-para-dep-zarattini-pelo-mre/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 14.133/21*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1923/DF*. Relator p/ acórdão: min. Luiz Fux. Julgamento: 16/4/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 out. 2019.

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

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luciano-ferraz/funcao-regulatoria-da-licitacao>. Acesso em: 15 out. 2019.

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

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HAUSMANN, Ricardo; HIDALGO, César A. (Ed.). *The atlas of economic complexity: mapping paths to prosperity*. Cambridge, Massachusetts, Londres, England: MIT Press, 2013. Disponível em: <http://atlas.cid.harvard.edu/>. Acesso em: 10 out. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARCAL-JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

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

MCMILLAN, Margaret; RODRIK, Dani; VERDUZCO-GALLO, Íñigo. Globalization, structural change, and productivity growth, with an update on Africa. *World Development*, v. 63, p. 11-32, 2014. Disponível em: http://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/globalization_structural_change_productivity_growth_with_africa_update.pdf?m=1435002696. Acesso em: 15 out. 2019.

OCDE. *Government at a glance 2017*. 2017. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2017_gov_glance-2017-en. Acesso em: 15 out. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, Salvador, n. 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-RAFAEL-CARVALHO-RAFAEL-FREITAS.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

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

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

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

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

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Petersfield: Harriman House, 2007.

STIGLITZ, Joseph E.; CHARLTON, Andrew. *Fair trade for all: how trade can promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

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

UE. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014*. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20200101&from=EN>. Acesso em: 15 abr. 2020.

UE. *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 e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0025-20200101&from=EN>. Acesso em: 15 abr. 2020.

UE. *Study on "Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies"*: final report. Disponível em: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en. Acesso em: 15 out. 2019.

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