Número 37 – fevereiro/março/abril - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# A FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS LICITAÇÕES E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL – O REGIME JURÍDICO INTRODUZIDO PELA LEI N° 12.349/10

***Rafael Carvalho Rezende Oliveira***
*Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ, Pós-graduado em Direito do Estado pela UERJ, Procurador do Município do Rio de Janeiro, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e dos cursos de Pós-Graduação da FGV/RJ e UCAM, membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Consultor jurídico. www.professorrafaeloliveira.com.br*

***Rafael Véras de Freitas***
*Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV – Rio. Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes – UCAM. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Sócio do escritório Juruena & Associados – Advogados.*

## 1) Introdução

O presente ensaio tem por escopo destacar uma não tão "nova" visão do instituto da licitação: a função regulatória da licitação. Atualmente, esse processo seletivo realizado pelo Poder Público, especialmente após as recentes alterações legislativas, prestar-se-á tanto a orientar as contratações administrativas, quanto a viabilizar a implementação de valores constitucionais.

Tal tendência foi vislumbrada, há muito, por autores de vanguarda, que se encontravam à frente do seu tempo.[1] Mas, agora, essa "nova" função da

[1] A "função regulatória" da licitação foi mencionada de forma pioneira no Brasil por Marcos Juruena Villela. Vide, por exemplo: SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6, p. 105, 328 e 424.

licitação – considerada, por alguns, como atípica – se apresenta como uma das principais diretrizes da atual política de governo; visa-se, por meio do "Poder de Compra Estatal", fomentar o crescimento econômico do país, notadamente pelo desenvolvimento da indústria nacional.

O exame se justifica na medida em que todas as entidades da Administração Pública Brasileira (União, Estados e Municípios) destinam um significativo volume de recursos públicos à aquisição de bens e serviços necessários ao desenvolvimento de suas atividades.

Daí a necessidade de se destacar a legitimidade da utilização deste "Poder de Compra" do Estado no exercício das atividades de fomento e de regulação de mercados (espécies de intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, previstas no art. 174 da CRFB) em atendimento ao dever de garantir o desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, inciso II, da Carta Constitucional.

Para tal desiderato, discorrer-se-á, inicialmente, acerca da função regulatória da licitação, delineando as suas principais características, bem como trazendo exemplos da legislação pátria que já consagram este conceito; após, serão examinados os fundamentos axiológicos da atual tendência de contrações públicas, estabelecendo-se relação entre os fundamentos do pluralismo jurídico e o Direito Administrativo Pós-positivista com essa nova concepção da licitação; por fim, serão destacadas as principais inovações trazidas pela MP nº 495/10, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/10, como uma das principais manifestações legislativas dessa tendência.

## 2) A função regulatória da licitação

O procedimento administrativo licitatório visa a selecionar, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Por se tratar de um procedimento administrativo, esse encadeamento de atos está adstrito à busca da **verdade real**[2]; significa dizer que, diferentemente do processo judicial, que deve se ater à verdade formal, constante nos autos, o referido procedimento não pode desconsiderar os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico.

Daí poder-se afirmar que, em mercados monopolizados (ou oligopolizados), dominados por poucos agentes econômicos, não há efetiva competição[3]. Por conseqüência, sem competição, não há que se **falar na validade de procedimentos licitatório**[4]. Isto porque a inexistência de

[2] Sobre a natureza do processo administrativo, vide: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 204.

[3] Como há muito leciona Marcos Juruena Villela Souto: "A vedação constante do art. 3º da Lei nº 8.666/93 é apenas para exigências que frustrem o caráter competitivo da licitação. Ora, quando o objetivo for exatamente o de preservar ou restaurar esse caráter competitivo e o próprio mercado onde a competição se desenvolve, é lícito aplicar a idéia de função regulatória da licitação" SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10-11.

[44]Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União: A restrição à competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação. Acórdão 1556/2007 Plenário (Sumário)

concorrência num mercado no qual, a princípio, ela fosse possível, indica haver alguma falha a ser corrigida.

Com base nesse fundamento e no princípio da **Economicidade** (previsto no art. 70 da CFRB), é que o Estado intervém na economia[5], por meio da formatação de procedimentos licitatórios, de modo a evitar a dominação de mercados, dando pleno atendimento ao disposto no art. 173,§4º, da Constituição da República.

O objeto dessa intervenção é corrigir "falhas no seu mercado[6]" de contratação, especialmente a existência de barreiras à entrada de novos competidores em mercados dominados. Com isso, o procedimento licitatório será palco da efetiva concorrência entre os licitantes, propiciando contratações mais econômicas para a Administração Pública.

Essa é ótica pela qual o instituto da licitação deve ser analisado. Afinal, a licitação – tal como a concorrência [7] – não é um fim em si, mas um instrumento[8] para que a Administração selecione a melhor proposta dentro de um mercado livre de concentrações econômicas.

Mas não é só. A licitação, atualmente, tem servido para outras finalidades.

Trata-se da denominada "função regulatória da licitação".[9] Por esta teoria, o instituto na licitação não se presta, tão-somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento **para o atendimento de finalidades públicas** outras, **consagradas constitucionalmente**.

Vários são os exemplos de políticas setoriais que vêm se utilizando da licitação (do poder de compra do Estado) para concretizar outros valores, dentre os quais, destacam-se, a proteção do meio ambiente, o tratamento diferenciado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte e, de maior relevo para os fins do presente estudo, **o fomento ao desenvolvimento tecnológico no país**.

---

[5] Não se trata mais de uma tendência excepcional. O Estado, atualmente, integra a ordem econômica, como ressalta Fabio Nusdeo: a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 216.

[6] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its regulation*. Washington, EUA: Cato, 1999.

[7] A função instrumental da concorrência é defendida em SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47-48.

[8] Marçal Justen Filho, da mesma forma, ressalta a instrumentalidade da licitação. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 74.

[9] Sobre a função regulatória da licitação, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86-89; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6, p. 105, 328 e 424; FERRAZ, Luciano. "Função Regulatória da Licitação". In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 37, p. 133-142, 2009; GARCIA, Flávio *Amaral*. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73-75.

**A sustentabilidade ambiental** já se encontra incorporada às licitações públicas, em prol da efetivação dos arts. 170, VI e 225, ambos da Constituição da República. Para tanto, ainda em 2009, foi editada a Lei nº 12.187, que pretende se valer do poder de compra do Estado como ferramenta útil à implementação da política de mudanças climáticas[10].

Após e com fundamento neste diploma normativo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou, em 19 de janeiro de 2010, a Instrução Normativa n° 01, que "*dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional*.[11]

Nessas hipóteses excepcionais, chega-se a admitir, inclusive, que o Estado pague preço maior na aquisição de bens e serviços, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento sustentável.

No que tange ao **tratamento diferenciado para as microempresas e as empresas de pequeno porte**, cite-se a instituição Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que, visando a implementar o princípio da isonomia, na sua vertente material, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição, trouxe uma série de vantagens para estas sociedades nos procedimentos licitatórios.

Cite-se, como exemplo desse regime diferenciado para essas sociedades, a possibilidade de as microempresas e empresas de pequeno porte participarem de licitações com débitos fiscais[12], além da criação de uma situação de empate ficto com as empresas de grande porte, mesmo quando essas apresentam propostas econômicas mais vantajosas[13].

---

[10] Assim preceitua o art. 6º, XII da Lei: "Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...) XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o **estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos**;" (grifo nosso).

[11] As licitações com essa característica têm sido referidas pelo signo de "licitações verdes" e o Brasil tem divulgado tal inovação inclusive no âmbito da Rede Interamericana de Compras Governamentais (RICG). A A esse respeito consta notícia no site oficial do Ministério do Planejamento da União intitulada "Planejamento apresenta "licitação verde" em conferência latino-americana". Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=6694&cat=94&sec=7. Acesso em: 20/12/2010.

Além disso, confira-se: CSIPAI, Luciana Pires. *Guia prático de licitações sustentáveis do núcleo de assessoramento jurídico em São Paulo – AGU*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/templatetexto.aspx?idconteudo=138067&id_site=777. Acesso em: 20/12/2010; e o site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão voltado às compras públicas sustentáveis. Disponível em: http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/. Acesso em: 20/12/2010.

[12] Esse é o teor do art. 43 da LC nº 123/06: "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."

[13] Confira-se o teor do art. 44 da LC nº 123/06: "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."

Existem, ainda, várias outras hipóteses que consagram a **Teoria da Função Regulatória das Licitações**, sendo lícito mencionar, como exemplos já previstos na Lei nº 8.666/93, a possibilidade da contratação direta de cooperativas de catadores de lixo[14] ou de associações de deficientes físicos[15].

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, da mesma forma, o Decreto nº 33.925, de 18 de fevereiro de 2003, prevê a obrigatoriedade da contratação de deficientes.[16]

Todas essas hipóteses almejam resguardar, por meio do procedimento licitatório, valores consagrados na Constituição da República.

Mais recentemente, a Lei n.º 8.666/93 foi alterada pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que, expressamente, atrela o conceito de melhor proposta para a Administração à **promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. (às peculiaridades desse regime voltar-se-á adiante).

Todas essas alterações, que são manifestações da função regulatória das licitações, decorrem da atual tendência **pluralista** do ordenamento jurídico, a seguir delineada.

## 3) O Direito Administrativo Pós-positivista, pluralismo e a legitimidade das licitações públicas: efetivação do desenvolvimento nacional

A atuação administrativa, no âmbito do novo Direito Administrativo pós-positivista, marcado pela constitucionalização e centralidade dos direitos fundamentais, deve ser pautada pela promoção dos valores pluralísticos consagrados na Constituição.[17]

---

[14] "Art. 24. É dispensável a licitação: XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública."

[15] "Art. 24- (...)XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado."

[16] Confira-se, por relevante, o teor do seu art. 1º: "Art. 1º - Nas contratações diretas e nas licitações realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual direta e indireta, deverão constar dos respectivos editais, a obrigatoriedade para a empresa com 100 (cem) ou mais empregados de demonstrar o preenchimento de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I - ate duzentos empregados, 2% (dois por cento); II - de duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento); III - de quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento); ou IV - mais de mil empregados, 5% (cinco por cento). Parágrafo Único - A procuradoria Geral do Estado elaborará a minuta-padrão das cláusulas contratuais e editalícias decorrentes do caput deste artigo."

[17] A partir do reconhecimento da normatividade do texto constitucional e de sua superioridade hierárquica, a interpretação de todo e qualquer ramo do Direito passou a depender da sua adequação às normas constitucionais. Sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, nesse contexto, passam a ter posição de destaque na ordem constitucional.[18] Isto porque as Constituições procuram valer-se, cada vez mais, dos princípios como forma de amoldar, nos seus textos, interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.

Um dos fatores determinantes para mudança de paradigma na atuação administrativa foi a consagração de interesses heterogêneos no texto constitucional que legitimam a atuação do denominado "Estado pluriclasse".[19]

A homogeneidade dos interesses – característica típica do Estado Liberal burguês, que deveria atender às necessidades de uma classe dominante (a burguesia) e que estabelecia o voto censitário – cede espaço para a heterogeneidade dos interesses existentes na complexa sociedade atual. A consagração do sufrágio universal possibilita a participação política de grupos sociais até então excluídos e a defesa/promoção dos seus interesses.

**Não existe, destarte, um único interesse público, mas, sim, diversos interesses públicos, eventualmente conflitantes, que devem ser protegidos no Estado Democrático de Direito**, marcado pelo pluralismo. Na lição de Karl Loewentein:

> *Si existe un rasgo esencial que dé un cuño característico a la sociedad de masas de la época tecnológica es, sin duda, el de su fundamento y dinamismo pluralista. (...) De los detentadores oficiales del poder se espera que por medio de sus decisiones políticas armonicen los intereses contrapuestos de los grupos pluralistas en beneficio común de la sociedad*.[20]

No âmbito das licitações e das contratações públicas, o Pluralismo demonstra que a atuação do Poder Público não pode ser pautada, exclusivamente, pela Economicidade. Ao contrário, a legitimidade da atuação estatal dependerá da efetivação de outros princípios constitucionais.

É oportuno ressaltar que a própria idéia de eficiência não se confunde com a de economicidade.

Isto porque **a eficiência não pode ser analisada, exclusivamente, sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc.**

**Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente ("o barato pode custar caro"). Aliás, o art. 45 da Lei nº 8666/93, que dispõe sobre os**

---

[18] GARCIA FIGUEROA, Alfonso. "La teoria del Derecho en tiempos de constitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 165-166.

[19] GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, p. 76 e ss.

[20] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 422.

**tipos de licitação, prevê a possibilidade de utilização de critérios técnicos para definição da proposta mais vantajosa.**

O princípio da eficiência, previsto no art. 37 da CRFB, relaciona-se com a concretização das finalidades estatais elencadas pelo texto constitucional e, por conseqüência, com a satisfação das necessidades da população.[21]

Desta forma, a **medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados consagrados nos textos normativos (**"Administração de Resultados").[22]

Nesse sentido, posiciona-se Humberto Ávila, ao afirmar que "a medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente." Na lição do autor, a atuação administrativa é eficiente quando "promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos." Não basta a utilização dos meios adequados para promover os respectivos fins; mais do que a adequação, a eficiência "exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração." [23]

Por esta razão, **a Função Regulatória** da licitação pressupõe o atendimento não apenas dos valores econômicos, mas, também, dos valores sociais, ambientais, dentre outros.

Nesse contexto, o **desenvolvimento nacional sustentável**, com a previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais, representa uma finalidade legítima do processo licitatório.

Registre-se que a revogação do art. 171 da CRFB pela EC nº 6/95, que estabelecia a possibilidade de tratamento preferencial às empresas brasileiras de capital nacional, não impede a fixação de preferência para os produtos e serviços nacionais.

Não se trata, pois, de diferenciação inconstitucional, de caráter xenófobo.

A revogação do art. 171 do corpo da Constituição apenas fixou que a atribuição ou não de preferência a produtos nacionais **não é matéria a ser tratada em sede constitucional**, atribuindo-se, portanto, **à legislação ordinária competência para tanto.**

---

[21] A necessidade de eficiência na atuação administrativa também é mencionada em outras passagens do texto constitucional, a saber: a) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem instituir e manter sistema de controle interno com a finalidade de "comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" (art. 74, II da CRFB); b) a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem ser disciplinados pela legislação, com o objetivo de garantir a eficiência (art. 144, §7º da CRFB). Da mesma forma, o referido princípio encontra-se previsto no art. 2° da Lei n° 9.784/99.

[22] No Direito Comparado, a análise do resultado já pode ser encontrada em estudos monográficos recentes, com destaque para duas obras italianas: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; e SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado*. Torino: Giappichelli, 2003. No Brasil, o estudo do resultado como novo paradigma do Direito Administrativo foi destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra: *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Forum, 2008.

[23] ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, out./nov./dez., 2005, p. 21 e 23-24. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 01/06/10.

**Ademais, não há que se falar em conflito entre a política de Estado, delineada pela aludida Emenda Constitucional, que suprimiu os privilégios conferidos às empresas brasileiras de capital nacional, com a atual política de Governo, que privilegia indústria nacional.**

Há, tão-somente, um conflito aparente de normas. Afinal, tendo em vista o princípio da Unidade da Constituição, não há que se falar em conflito entre normas constitucionais[24]. Afinal, ambas as políticas (de Estado e de Governo) possuem status constitucional. Isto porque conferir tratamento privilegiado às empresas nacionais tem amparo em uma política de Estado, previamente, delineada pela Constituição da República. Senão vejamos.

O art. 3º, II da CRFB consagra o "desenvolvimento nacional" como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

O desenvolvimento de um país, é bom que se registre, não está restrito, somente, ao seu crescimento econômico.[25]

Muito ao contrário, o "Direito ao Desenvolvimento" comporta a conjugação de diversos outros fatores que materializam liberdades substanciais, como, por exemplo, o aumento da qualidade de vida dos cidadãos, o incremento da liberdade política, **a promoção da inovação tecnológica e o aumento da adequação/funcionalidade das instituições**. Nesse sentido, confira-se os ensinamentos de Amartya Sen[26]:

> *O enfoque nas liberdades humanas contrasta com as visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização,* ***avanço tecnológico ou modernização social****. (...)*

---

[24] De acordo com as lições de J. J. Gomes Canotilho: "Como ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais (ex.: princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.208.

[25] Fábio Nusdeo descortina o significado da expressão "desenvolvimento" na Constituição: "Já na atual Constituição de 1988, a expressão perdeu o seu qualificativo econômico para aparecer de maneira mais ampla e correta como desenvolvimento nacional (art. 3º, II), quedando-se, pois, fora do Título VII dedicado à Ordem Econômica e Financeira. Como já acima assinalado, o desenvolvimento não pode ser restringido ao campo puramente econômico, devendo abarcar necessariamente o institucional, o cultural, o político e todos os demais. (...) Assim, investimentos em setores sociais como educação, saúde, habitação, se, num primeiro momento, parecem desviar recursos das aplicações diretamente produtivas ou econômicas, como estradas, usinas e poços de petróleo, na realidade irão poupar um conjunto muito severo de custos a se manifestarem logo adiante pela queda de produtividade da mão de obra, pelo aumento da criminalidade pelo solapamento da coesão social e tantos outros. Aliás, tem sido a constatação destes custos o que tem levado a se repensar o conceito e as manifestações do desenvolvimento." NUSDEO, Fábio. "Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas". In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

[26] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 17.

> *Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração neste objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida.*

Da mesma forma, o art. 174, § 1º da CRFB remete ao legislador a competência para fixar *"as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".*

Por fim, o mercado interno, na forma do art. 219 da CRFB, integra o patrimônio nacional e *"será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".*

Daí porque Marcos Juruena Villela Souto já sustentava que o tratamento diferenciado dispensado às empresas nacionais, nos procedimentos licitatórios, é possível, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 6/95, tento em vista o disposto nos arts. 172 e 219 da CRFB. Nas palavras do autor:

> *Com efeito, a norma de desempate trata do capital estrangeiro quando em competição com o capital nacional, que aqui gera empregos, tecnologia e a decisão sobre repartição e investimento de lucros. A preferência é norma de fomento do mercado interno, na forma do art. 219, CF.*[27]

Esta também é a orientação defendida por Carlos Pinto Coelho Motta:

> *Sob esse ângulo, não mais diríamos que o processo licitatório visa unicamente selecionar o contrato mais vantajoso para suprimento do setor público. Esta seria uma definição pobre, mesmo considerando os princípios da eficiência e da economicidade balizadores do instituto. A consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e sócio-econômico do País, nos precisos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável de 'fomento', decisiva para o tempo econômico atual."* [28]

---

[27] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo contratual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12.

[28] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. "Temas polêmicos de licitações e contratos". In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, nº 92, ago. 2009, p. 7

O fomento[29] à indústria nacional, por meio da celebração de contratos administrativos não é uma novidade estranha à regulação.

Tanto assim o é que os contratos de concessão para a exploração de petróleo – disciplinados no art. 26 da Lei nº 9.478/97 –, por exemplo, prevêem a obrigatoriedade **da cláusula de Conteúdo Local**, segundo a qual o concessionário que vier a explorar jazida petrolífera **será obrigado a declarar que um percentual dos seus fornecedores de bens e de mão de obra é de origem nacional**[30].

Ora, se, no âmbito da regulação jurídica, os contratos de concessão já são utilizados para a promoção da indústria nacional, não há razão – lógica ou jurídica – que não legitime a formatação de procedimentos licitatórios com o mesmo desiderato.

Destarte, fixada a premissa de que a função regulatória da licitação possibilita a promoção de **finalidades extraeconômicas nas contratações públicas**, como é o caso **do desenvolvimento nacional sustentável**, o próximo passo é a análise das principais novidades introduzidas pela Lei nº 12.349/10.

## 4) As principais inovações trazidas pela Lei nº 12.349/10

A primeira alteração de relevo trazida pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, foi a inclusão, no art. 3º da Lei nº 8.666/93, do princípio **do desenvolvimento nacional sustentável**, dentre os princípios setoriais das licitações públicas.[31]

Com base na linha argumentativa suscitada no tópico anterior, que trouxe fundamentos axiológicos do **Pós-positivismo** e do **Pluralismo jurídico** que justificam a **Função Regulatória da Licitação**, entende-se que esta

---

[29] As peculiaridades da atividade de fomento são assim delineadas por André de Labaudere: "Mais do que obrigar, o Estado procura levar os agentes econômicos a comprometerem-se em determinadas direcções. Emprega hoje em dia, para isso, e bastante largamente, o processo do acordo convencional." LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico.* Coimbra: Almedina, 1985, p. 428.

[30] Confira-se, por relevante, o disposto na cláusula 3.5 da Portaria ANP nº180, de 05 de junho de 2003: "3.5 As empresas Concessionárias deverão manter à disposição da ANP, pelo prazo de 5 anos após o término da Fase de Exploração ou Etapa de Desenvolvimento, todos os registros comprobatórios, na forma de declaração de origem fornecida pelo fornecedor do bem ou serviço ou outro comprovante inequívoco, de que os bens e serviços declarados como locais atendem aos conceitos de Bem de Produção Nacional e Serviço Prestado no Brasil dos Contratos de Concessão."

[31] A atual redação do art. 3° da Lei n° 8.666/93 elenca os três objetivos da licitação, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável. Ivan Barbosa Rigolin, ao tratar da MP nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, apresenta visão crítica à inserção da "promoção do desenvolvimento nacional" no art. 3ºm da Lei nº 8.666/93. Em suas palavras "a ideia é péssima, porque em seu nome é de se imaginar quantas atrocidades jurídicas serão propiciadas em nome desse demagógico, deslocadíssimo e inteiramente fora de propósito patriotismo, verdadeira patriotada, em detrimento da proposta efetivamente mais vantajosa para o momento da administração local que licita." RIGOLIN, Ivan Barbosa. "Lei de licitações é novamente alterada – A MP nº 495, de 19.7.10". In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, nº 104, ago. 2010, p. 23.

inclusão se apresenta legítima para a implementação dessa nova diretriz às contratações públicas[32].

Isto porque não apresenta mais ares de novidade a **força normativa e cogente dos princípios jurídicos previsto na Constituição**[33], o que, a toda evidência, contribuirá para dar efetividade às novas alterações legislativas.

Mais que isso. Ao se acrescentar um princípio desse jaez, no rol do art. 3º, não há dúvida de que tal mandamento de otimização servirá **como um norte interpretativo** para a Lei nº 8.666/93.

Dito de outro modo, **não só as alterações legislativas trazidas pelo novel diploma devem ser interpretadas com base no princípio do dever de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como todos os dispositivos da Lei de Geral de Licitações e Contratos.**[34]

Um exemplo ilustra o ponto: o art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93, preceitua que serão desclassificados os licitantes "*com preços manifestamente inexeqüiveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação*".

Este dispositivo, certamente, deverá ser interpretado de uma forma mais flexível para empresas que se utilizam de insumos nacionais.

---

[32] Nesse sentido, confira-se trecho da exposição de motivos E.M.I. Nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, que seu origem ao referido ato normativo: "9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho."

[33] Nesse sentido, confira-se a lição de Konrad Hesse: "A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição." HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.24.

[34] Carlos Pinto Coelho Motta, ao comentar as alterações promovidas pela MP nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, sustenta: "Nesse contexto, a Medida Provisória sob foco trata, sim, de pôr em prática, especificamente nas contratações públicas, inclusive na modalidade pregão (art. 2º MP nº 495/10), as medidas próprias e legítimas tendentes à realização da política nacional de garantia do desenvolvimento econômico e do incentivo ao mercado interno, instituída por força do regime republicano". MOTTA, Carlos pinto Coelho. "Licitações nacionais como instrumento de efetivação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno". In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP*, Belo Horizonte, ano 9, nº 107, Nov. 2010, p. 10.

Afinal, não faria qualquer sentido, com base nessa nova diretriz das contratações públicas, que um licitante, ao se utilizar, por exemplo, de produtos manufaturados nacionais, seja desclassificado de um certame, ao argumento de que se sua proposta é inexeqüível, caso os custos dos insumos nacionais sejam **infimamente inferiores aos insumos alienígenas**.

Essa legítima desequiparação em favor dos licitantes que adquiram insumos nacionais só poderá ocorrer – e isso é evidente –, se não acarretar nenhum prejuízo à viabilidade econômica da contratação.

O importante é deixar assentado, nesse passo, a **função interpretativa** que esse novo princípio dever exercer em todo o regime de contratações públicas.

O referido diploma normativo estabeleceu, ainda, que podem ser previstas, nas licitações públicas, **margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras**[35].

Essa margem de preferência para os bens e produtos nacionais deve levar em consideração critérios como geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação tributária, o desenvolvimento e inovação tecnológico realizado no país e custo adicional dos produtos e serviços, tudo na forma prevista no § 6º, do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, com a redação conferida pela Lei n.º 12.349/10.

Tal margem de preferência, segundo o disposto 2º, incisos I e II, do Decreto n° 7.546, de 02 de agosto de 2011, que regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas, **pode ser normal** ou **adicional**.

**A margem de preferência normal** diz respeito ao diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros; **a margem adicional**, por sua vez, será cumulada com aquela, levando em conta o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de **desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País**, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, o que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais.

Tais critérios de preferência **encontram fundamento de validade no art. 218 da Constituição da República**, cujos termos são os seguintes: *O*

[35] Confira-se os parágrafos 5º a 8º acrescentados no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993: "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." (grifo nosso).

*Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.*

Do mesmo modo, tais diferenciações se compatibilizam com as diretrizes traçadas pela Lei n°10.973/04, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Nesse sentido, o art. 20 do referido diploma estabelece uma espécie de "reserva de mercado", no âmbito de órgãos e entidades da Administração Pública, para as empresas nacionais que exerçam atividades relacionadas ao desenvolvimento tecnológico[36]. Confira-se, por relevante, o seu teor:

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

A preocupação da política de desenvolvimento de um país, com a redução da dependência estrangeira no setor de desenvolvimento científico e tecnológico, é abordada, na seguinte passagem, por Gilberto Bercovici[37]:

> *O objetivo de uma política de desenvolvimento científico e tecnológico também é reduzir a necessidade de tecnologia importada e fortalecer as atividades científico-tecnológicas nacionais. A coordenação destes esforços de expansão e reorientação das atividades científicas pode favorecer a transformação do setor produtivo nacional e melhorar a capacidade do país em importar e assimilar adequadamente a tecnologia estrangeira*

Prossegue o autor, citando Francisco Sagasti[38]

---

[36] Essa diretriz já havia sido traçada, por exemplo, no âmbito do Complexo Industrial da Saúde, estando explícita na Resolução nº 374/2008 para que o "**poder de Compra do Estado**" seja empregado em prol do desenvolvimento industrial da área da saúde: "Art. 4º As diretrizes estabelecidas para o Programa Nacional de Fomento à Produção Pública e Inovação no Complexo Industrial da Saúde são: **VI - utilizar estrategicamente o poder de compra do Estado na área da saúde em articulação com políticas de fomento ao desenvolvimento industrial;"** (grifo nosso)

[37] BERCOVIVI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.214.

[38] SAGASTI, Francisco R. *Tecnologia, Planejamento e Desenvolvimento Autônomo.* São Paulo: Perspectiva, 1986, p.17-20 e 151-152, *Apud* BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.* p.214

> *A autonomia tecnológica de um país diz respeito à sua capacidade potencial autônoma de produzir internamente os bens e serviços essenciais para sua estratégia de desenvolvimento nacional. Sagasti destaca, no entanto, que esta idéia de autonomia tecnológica se aplica, de modo geral, para a ciência também, embora ninguém possa depender apenas de si mesmo em termos científicos. A autonomia científica está ligada à necessidade de a ciência fornecer a base para a autonomia tecnológica.*

Nem se diga que a citada preferência poderia representar violação ao princípio da isonomia. O discrímen feito pela lei encontra fundamento razoável de validade na própria subjacência fática que ensejou a edição da norma.

O momento atual da economia do país – que vem exigindo, cada vez mais, o constante incremento dos investimentos em infraestrutura e na autosustentabilidade tecnológica do país – traz consigo a necessidade do fortalecimento da indústria nacional.

Essas medidas, na verdade, **consagram o ideal da implementação do princípio da isonomia, na sua vertente material**, isto é, tratar de forma desigual as situações, na medida em que se desigualam[39].

Isto porque o contexto macroeconômico que, outrora, era de abertura da economia para capital estrangeiro, atualmente, diversamente, **indica a necessidade de fortalecimento do mercado endógeno**.

Essa sistemática atende, na mesma medida, ao princípio da proporcionalidade[40], nas suas três vertentes, a saber: (i) a **medida é adequada**, uma vez que se utiliza da **função regulatória da licitação** para formatar mercados, em prol o desenvolvimento do mercado nacional; é **necessária**, pois estabelece uma margem de preferência, que pode, inclusive, ser superada, em casos excepcionais, mas que não inviabiliza a participação de empresas estrangeiras nos procedimentos licitatórios pátrios; e **proporcional em sentido estrito**, na medida em que traz mais benefícios do que malefícios para as contratações administrativas, tendo em vista os

---

[39] Nesse sentido, confira-se J.J Gomes Canotilho: "Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável." CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

[40] Luis Roberto Barroso explicita o conteúdo do princípio da proporcionalidade: "Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se "de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim". Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos." BARROSO, Luis Roberto**.** *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

consideráveis ganhos científicos e de desenvolvimento tecnológico que poderão ser angariados pelo país.

Enfim, trata-se, como já destacado, de uma tendência que permeia as contratações administrativas, no sentido de utilizar o "Poder de compra do Estado", sob o viés de uma **função regulatória da licitação**, como **um instrumento propulsor do desenvolvimento nacional**.

Segundo o § 10, introduzido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, as referidas margens de preferência poderão ser estendidas, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL.

Trata-se de dispositivo que vai ao encontro das diretrizes Traçadas pelo Protocolo de Contratações públicas do MERCOSUL (MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 40/03), instrumento que considera que *o marco normativo comum para as licitações públicas dos Estados Partes representam um passo fundamental para a devida tranparência nos processos de Compras Governamentais*, em especial o seu art. 25, item 6, que possui o seguinte teor:

> *6. As ofertas de bens, serviços e obras públicas dos Estados Partes* ***gozarão de uma preferência nas contratações públicas com respeito às de extra-zona****. Essa preferência se fará efetiva através da oportunidade concedida aos beneficiários do presente Protocolo de* ***igualar a melhor oferta, mantidas como mínimo as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre e quando a diferença entre estas não seja superior a 3% (três por cento), conforme o critério de avaliação das ofertas.***

Do mesmo modo, o referido parágrafo está amparado no **Conceito de "Direito Administrativo Global"** [41]. Trata-se de uma nova concepção do Direito Administrativo, segundo a qual, em decorrência da mundialização da economia, esse ramo deve se adequar às diretrizes – normativas e principiológicas – traçadas por blocos econômicos transnacionais.[42]

---

[41] Essa concepção do Direito Administrativo é assim explicada por Carlos Ari Sundfeld: "Eis, então, o direito global: a) variadas cadeias de normas, algumas geradas no "mercado jurídico interno", outras tantas de origem externa (diga- se: de diferentes origens externas); b) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando direito; c) por fim, a mundialização da economia fazendo valer seus interesses: tanto forçando a reforma dos Estados e criando-lhes uma nova organização, como impondo novas regulações para todo tipo de assunto (das relações trabalhistas às compras estatais; dos mercados financeiros aos serviços públicos; das patentes industriais aos sistemas previdenciários...)." SUNDFELD, Carlos Ari. "A Administração Pública na Era do Direito Global." In: *Revista Diálogo; Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br.

[42] De acordo com Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, a expressão *Global Administrative Law* compreende "os mecanismos, princípios, práticas e entendimentos apoiados pela sociedade que promovem ou afetam a responsabilização dos departamentos administrativos globais, assegurando que cumpram *standards* de transparência, participação, fundamentação das decisões e legalidade, fornecendo revisões eficazes das regras e decisões tomadas" (tradução livre). KINGSBURY,

O Decreto nº 7.546/11, ao regulamentar o referido regime de preferência, preceitua, em seu art. 3º, §2º, que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e demais poderes da União **estão livres para estabelecer diferentes regimes de preferência**, sendo facultado às entidades menores (Estados e Municípios) adotar as margens de preferências estabelecidas pelo Poder Executivo Federal.

Andou bem, nesse particular, o referido instrumento regulamentar. Isto porque, ao possibilitar que cada entidade da federação estabeleça o seu próprio regime de preferência, **preservou o princípio Federativo** (previsto no art. 18 da CRFB), na medida em que não invade **a autonomia administrativa das demais entidades federadas**.

Além disso, o referido diploma faz com que essa **nova sistemática não extrapole os limites da competência da União para a edição de normas gerais** – as quais, é bom que se registre, se limitam a trazer diretrizes principiológicas para a produção normativa suplementar – em licitações e contratos, previstos no art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República.

Nos termos do § 11 do art. 3º da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 12.349/10, as autoridades administrativas poderão, mediante apresentação de prévia justificativa, incluir nos editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras exigência de que o futuro contratado deva promover, em favor de determinado órgão ou entidade integrante da administração pública ou qualquer instituição por ela indicada a partir de processo isonômico, (i) **medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica** ou (ii) **acesso a condições vantajosas de financiamento**. Tais medidas poderão ser demandadas cumulativamente ou não, obedecida a forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

Nesse sentido, coube ao Decreto nº 7.546/11 explicitar quais devem ser as medidas de "compensação industrial, comercial ou tecnológica". Confira-se:

> *"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, entre outras formas como (a) coprodução, (b) produção sob licença, (c) produção subcontratada, (d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica, (e) transferência de tecnologia, (f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução, (g) treinamento de recursos humanos, (h) contrapartida comercial, ou (i) contrapartida industrial."*

Não se trata, pois, de novidade no ordenamento jurídico pátrio. A exigência de práticas compensatórias é **uma decorrência do estabelecimento de um regime de privilégio em favor de particulares**.

---

Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. "The emergence of Global Administrative Law". In: *Law and Contemporany Problems*, v. 68, nº 3 e 4, North Carolina: Duke University School of Law, 2005, p. 17 e 29.

Como exemplo, cite-se a previsão do estabelecimento **de compensação financeira** pela exploração de recursos naturais[43], prevista no art. 20, §1º, da Constituição da República:

> *Art. 20.*
>
> *§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva**, ou compensação financeira por essa exploração.***

Ainda objetivando dar efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, acrescentou-se o inciso XXI ao art. 24 da Lei nº 8.666/93, **trazendo uma nova hipótese de licitação dispensável**, na qual é levada à discricionariedade do gestor público a possibilidade **de utilizar-se da contratação direta** para **fomentar** a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.[44]

Pretende-se, com isso, estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação.

Ademais, poderá o Poder Público contratar sem licitação Instituição Científica e Tecnológica – ICT[45] que (i) compartilhe seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística ou que (ii) permita a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e

---

[43] O artigo 45 da Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, exige o pagamento das seguintes compensações financeiras pela exploração desse recurso mineral: bônus de assinatura; *royalties*; participação especial; pagamento pela ocupação ou retenção de área; participações governamentais constantes

[44] Nesse sentido, o art. 24, XXI da Lei nº 8.666/93 dispõe: "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."

[45] Confira-se, por relevante, a definição de ICT constante da Lei nº 10.973/04: "Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) V - Instituição Científica e Tecnológica - ICT: órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico."

organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.

Nesse caso, ainda que possível a formalização de procedimento licitatório para escolha da melhor proposta, **a contratação direta se justifica pela necessidade de a Administração Pública privilegiar Instituição que favoreça o desenvolvimento tecnológico do país.**

Em consonância com o art. 5º da Lei nº 10.973/04, também será dispensável a licitação caso a Administração Pública Federal pretenda adquirir participação minoritária de capital de empresa privada que objetive desenvolver projetos científicos e tecnológicos para obtenção de produtos ou processos inovadores.

A última hipótese de licitação dispensável refere-se à possibilidade de os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poder contratar diretamente, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador, empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, que sejam de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico.

Todo esse regime de contratação – que privilegia a indústria nacional –, é bom que se registre no final deste trabalho, encontra amparo na não tão nova **Função Regulatória do instituto da licitação**, função esta que, embora, há muito, percebida por autores de vanguarda, só agora, após todos esses anos, vem ganhando ares de novidade nos textos normativos e nos colóquios de Direito Administrativo.

## 5) Conclusões

O Direito Administrativo vem passando por importantes transformações, notadamente em razão do reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais, da normatividade dos princípios jurídicos e da heterogeneidade dos interesses que devem ser satisfeitos pela ação estatal.

Nesse contexto, as licitações e as contratações administrativas não podem ser analisadas a partir de um olhar desatualizado e em descompasso com o texto constitucional.

Conforme demonstrado no presente estudo, as licitações, ao contrário do que poderia se pensar, não têm por objetivo, apenas, a seleção de propostas mais vantajosas sob o aspecto da economicidade, mas, também, de efetivação de outros objetivos constitucionais igualmente legítimos, como ocorre, por exemplo, na necessidade de realização do desenvolvimento nacional sustentável, com a fixação de preferência para empresas nacionais em detrimento de estrangeiras.

Trata-se, em suma, do papel regulador das licitações no âmbito do Direito Administrativo Pós-moderno.

É importante cautela, no entanto, nas inserções de exigências para participação em licitações, pois, quando utilizadas de maneira desproporcional e em descompasso com as finalidades constitucionais, podem servir para

restringir a competitividade, a isonomia e a própria eficiência nas contratações públicas.

**Bibliografia**

ÁVILA, Humberto. *"Moralidade, razoabilidade e eficiência*". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, out./nov./dez., 2005. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 01/06/10.

BARROSO, Luis Roberto*. Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996.

BERCOVIVI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes*. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

FERRAZ, Luciano. "Função Regulatória da Licitação". In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 37.

GARCIA, Flávio *Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. "La teoria del Derecho en tiempos de constitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. "The emergence of Global Administrative Law". In: *Law and Contemporany Problems*, v. 68, nº 3 e 4, North Carolina: Duke University School of Law, 2005.

LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico.* Coimbra: Almedina, 1985.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución, Barcelona: Ariel, 1976.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Forum, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *"Temas polêmicos de licitações e contratos"*. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, nº 92, ago. 2009.

_____. *"Licitações nacionais como instrumento de efetivação dos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno"*. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP, Belo Horizonte, ano 9, nº 107, Nov. 2010.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.) *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its regulation*. Washington, EUA: Cato, 1999.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. "Lei de licitações é novamente alterada – A MP nº 495, de 19.7.10". In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, nº 104, p. 23-28, ago. 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2003

SOUTO, Marcos Juruena Villela *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado*. Torino: Giappichelli, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. Revista Diálogo; Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

REZENDE, Rafael Carvalho. FREITAS, Rafael Verás de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-RAFAEL-CARVALHO-RAFAEL-FREITAS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa / Informações adicionais:**

Informação não disponível.