

ano 23 – n. 91 | janeiro/março – 2023
Belo Horizonte | p. 1-212 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i91
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A função regulatória da licitação no Brasil: estado da arte e perspectivas de futuro

The public procurement regulatory function in Brazil: state of the art and future perspectives

Valter Shuenquener de Araujo*

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)
vsaraujo19@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0003-1584-5340>

Mauro César Teixeira de Farias Filho**

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (Brasil)
mc.cesarfilho@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-7487-4427>

Recebido/Received: 15.11.2020 / 15 November 2020.

Aprovado/Approved: 29.07.2022 / 29 July 2022.

Resumo: A função regulatória da licitação é conceitualmente entendida como a utilização do procedimento de compras públicas para induzir comportamentos socialmente desejáveis nos setores público e privado, a bem do interesse coletivo. No Brasil, seu fundamento normativo está na Constituição Federal de 1988, nas disposições específicas sobre os objetivos fundamentais da República, os princípios da ordem econômica, o papel regulador do Estado e a licitação como procedimento obrigatório para as compras públicas, sendo certo que seu fundamento pragmático está na vocação do processo

Como citar este artigo/*How to cite this article:* ARAUJO, Valter Shuenquener de; FARIAS FILHO, Mauro César Teixeira de. A função regulatória da licitação no Brasil: estado da arte e perspectivas de futuro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 87-116, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1483.

* Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito Público pela UERJ. Doutorado-Sanduiche pela Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg. Conselheiro do CNMP. Juiz Federal. Juiz Auxiliar e Instrutor no STF no período de 2011-2014. Juiz Auxiliar no TSE em 2015. Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Federal. Ex-Advogado da Petrobras. *E-mail:* vsaraujo19@gmail.com.

** Pós-graduando no Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – FESMPDFT (Brasília-DF, Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogado. *E-mail:* mc.cesarfilho@gmail.com.

licitatório para unir esforços estatais e particulares na implementação de demandas de interesse coletivo. A legislação sobre licitações possui diversos exemplos concretos de aplicação prática da função regulatória. E a perspectiva de futuro é animadora, considerando que a proposta de nova lei geral de licitações e contratos consolida os passos dados nessa direção, bem como traz novidades relevantes no assunto.

Palavras-chave: Licitação. Função regulatória. Política pública. Interesse coletivo. Cooperação.

Abstract: The public procurement regulatory function is conceptually understood as the use of the public procurement procedure to induce socially desirable behaviors in the public and private sectors, for the benefit of the collective interest. In Brazil, its normative foundation is in the Federal Constitution of 1988, in the specific provisions on the fundamental objectives of the Republic, the principles of the economic order, the regulating role of the State and the public procurement as mandatory procedure on public purchases, given that its pragmatic foundation is the bidding process vocation to unite State and individuals efforts on the implementation of collective interest demands. The legislation regarding public procurement is full of concrete examples of regulatory practical application. And the future perspective is encouraging, considering that the legal proposal on the new general law on public procurement and contracts consolidates the steps already taken in this direction, as well as brings relevant innovations in the matter.

Keywords: Procurement. Regulatory function. Public policy. Collective interest. Cooperation.

Sumário: **1** Introdução – **2** Licitação: conceito, objetivos e princípios regentes – **3** Função regulatória da licitação no Brasil: fundamentos normativo e pragmático – **4** Panorama legislativo e perspectivas – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A licitação é tradicionalmente compreendida como um relevante instrumento para viabilizar as aquisições públicas por parte do Estado, seja pela administração pública direta ou indireta, notadamente por viabilizar a competição, em condições de igualdade, entre particulares que desejem manter relações negociais com o Poder Público. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88 ou Constituição) reservou papel destacado ao instituto, conferindo-lhe posição que reforçou a compreensão acima exposta, mas não se limitou a isso. O texto constitucional foi além e, com igual entonação, sinalizou uma função adicional desse instrumento jurídico, que se revela a partir de uma interpretação sistemática dos artigos 3º, 37, inciso XXI, 170, *caput* e incisos IV ao IX, 173, §1º, inciso III, 174, 175, 218 e 219 do texto normativo. Trata-se da chamada função regulatória da licitação.

A constitucionalização dessa função não se deu por acaso ou de modo exclusivo no Brasil, sendo mais correto enxergá-la como resultado de um processo histórico muito mais amplo. Na linha de um movimento que se pode atribuir a boa parte das democracias ocidentais na segunda metade do século XX, o constituinte originário previu, por um lado, liberdades públicas e garantias individuais a toda e qualquer pessoa contra o arbítrio estatal, e, por outro, estabeleceu um elenco

de prestações positivas a cargo do Estado, de modo a delegar ao Poder Público – ainda que não exclusivamente a ele – o dever inafastável de dar efetividade às normas constitucionais, sempre com vistas ao atingimento dos objetivos fundamentais da República.

Percebe-se, portanto, uma mudança de paradigma: passa-se a demandar do Poder Público não apenas o dever de se abster de violar direitos e garantias individuais, mas, também, o de atuar para promover uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB/88).

Nesse cenário, destaca-se a função regulatória da licitação, que consiste em entender esse instituto a partir de uma visão que desperte todo o potencial que lhe foi reservado pelo texto constitucional, de modo compatível com uma análise pragmática de sua aplicação. Trata-se de utilizar a licitação, também, como um autêntico instrumento de regulação do mercado, da economia e de comportamentos dos atores públicos e privados, de modo a fazer com que as aquisições públicas não apenas cumpram sua finalidade tradicional de obter o bem mais vantajoso ao Poder Público por meio de uma disputa igualitária entre particulares. Espera-se, ainda, que sejam utilizadas para o alcance de finalidades públicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, o presente trabalho adota como metodologia a revisão bibliográfica da literatura pertinente, a análise da legislação vigente e das novidades trazidas pelo Projeto de Lei nº 1.292/95 do Senado Federal. O objetivo é esclarecer o conceito e os aspectos mais relevantes da função regulatória da licitação, sua compatibilidade com a ordem jurídica e com uma atuação mais eficiente do Poder Público, e exemplificar sua utilização prática atual e as perspectivas legislativas de futuro. A pesquisa proposta se justifica pela premência, cada vez maior, de identificar soluções mais eficazes para a concretização de normas constitucionais de interesse coletivo. E tanto melhor que a solução seja factível, passando pelo incremento funcional da licitação, instrumento que já é utilizado frequentemente pelo Estado e que, a partir das perspectivas aqui expostas, pode se tornar ainda mais útil para o atingimento de finalidades públicas que a todos interessam.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo do presente trabalho aborda o instituto da licitação e seus aspectos jurídicos relevantes, como o conceito, os objetivos que lhe são próprios e os princípios que regem sua utilização prática. Ao segundo capítulo do trabalho se reservou à análise da função regulatória da licitação no Brasil, que abrange seu fundamento normativo e o pragmático, relacionado às razões práticas que a justificam. Por fim, o terceiro capítulo expõe o panorama legislativo

na matéria, ou seja, o estado da arte legislativo, sem pretensão de exaustividade e com enfoque na utilização da função regulatória para promoção do desenvolvimento nacional sustentável e da inclusão social, combate à corrupção e fomento à indústria nacional, competitividade, setores estratégicos e desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras de mercado. À medida que se avança em cada um desses âmbitos temáticos, apontam-se as perspectivas legislativas de futuro quando pertinentes.

2 Licitação: conceito, objetivos e princípios regentes

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de um conceito de licitação, razão por que coube à literatura jurídica conceituá-la, a partir da moldura normativa que delimitou sua operacionalização no âmbito do Poder Público. A literatura especializada, porém, não é unívoca, embora se possa extrair uma estrutura comum que aponta a licitação como um procedimento administrativo aberto aos interessados que preencham requisitos preestabelecidos, por meio do qual a Administração Pública selecionará a proposta que melhor atinja os objetivos públicos que fundamentam o certame, e celebrará ao final o ajuste com o vencedor.

Nesse particular, pela melhor amplitude e grau de detalhe, convém mencionar o conceito de licitação formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que a define como o procedimento administrativo utilizado pela pessoa governamental que pretenda “alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.¹

Definida a estrutura conceitual, importa saber qual o *objetivo* do dito procedimento administrativo. O artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), não deixa dúvidas ao asseverar que “[A] licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Precisamente por isso que, nesse particular, os autores costumam ser unívocos ao apontar os fins almejados.² Nesse ponto específico, porém, vale destacar avanço legislativo de significativa importância.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 538.

² V., por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 538; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 338; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 311.

A Lei nº 12.349/10, resultado da conversão da Medida Provisória nº 495/10, alterou o art. 3º da Lei Geral de Licitações para incluir o terceiro objetivo legal expresso, qual seja: *a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, com destaque para o fato de que o qualificativo “sustentável” não estava na redação da Medida Provisória, mas foi incluído por ocasião de sua conversão em lei formal. Pode não parecer, à primeira vista, mas a alteração legislativa não apenas trouxe um novo fim público à licitação, como também “consagrou uma função regulatória adicional para a licitação e a contratação administrativa [que] passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações”.³

Os princípios jurídicos que regem o instituto da licitação se ressentem de uma plurivocidade ainda mais acentuada do que a que acomete sua definição conceitual. Realmente não há consenso entre os administrativistas, o que não impede a delimitação relativamente segura das principais diretrizes principiológicas que regem o instituto. Nesse sentido, convém iniciar a análise pelo próprio texto da CRFB/88, partindo-se posteriormente para a legislação infraconstitucional e concepções doutrinárias complementares.

Apesar da ausência de delineamento expresso sobre quais princípios regeriam a licitação em particular, a previsão do instituto melhor se encontra no art. 37, inciso XXI, da CRFB/88. A análise topográfica do dispositivo demonstra ter sido ele incluído nas disposições gerais do Capítulo VII (“Administração Pública”) do Título III (“Da Organização do Estado”), que se inicia pelo *caput* do art. 37. Nele, previu-se um conjunto de princípios de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal (DF) e dos Municípios. Conclui-se, portanto, que a licitação também deve obediência ao menos a esse conjunto de princípios vinculativos.

Na sequência em que dispostos, e conceituados à luz do instituto, são eles: (i) *legalidade*, fundamento da atividade administrativa e impõe ao administrador que se abstenha de fazer prevalecer sua vontade pessoal, limitando-se aos imperativos legais destinados a evitar abusos de conduta e desvios de objetivo na escolha da modalidade e dos critérios de avaliação;⁴ (ii) *impressoalidade*, a determinar que as decisões administrativas devem se pautar em critérios objetivos e independentes da identidade de quem julga;⁵ (iii) *moralidade*, a exigir que o procedimento licitatório se desenvolva em conformidade com padrões éticos, comportamento reciprocamente

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 337.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 312.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 341.

eskorreito, honesto, afinado com a lisura, de parte a parte e, particularmente para a Administração Pública, lealdade e boa-fé para com os licitantes.⁶

Prosseguindo, citem-se a (iv) *publicidade*, que demanda que todos os atos e termos da licitação, incluída a motivação das decisões nela tomadas, sejam expostos ao conhecimento de quaisquer interessados;⁷ e a (v) *eficiência*, significando o dever de considerar a atividade administrativa sob o prisma econômico, político, ambiental e social.⁸ Naquilo que se refere ao inciso XXI do art. 37, destaque-se a (vi) *igualdade* ou *isonomia*, que impõe o dever da Administração de dispensar a todos os interessados tratamento que lhes assegure igualdade de condições no certame, vedadas vantagens individuais a um ou outro participante;⁹ e (vii) *obrigatoriedade*,¹⁰ por alguns entendida como *princípio da licitação*, decorrente da indisponibilidade do interesse público e vinculante da Administração, naquilo que restringe sua liberdade de escolha do contratante.¹¹

Da Lei Geral de Licitações se extraem alguns princípios adicionais, notadamente de seu art. 3º, *caput*, quais sejam: (viii) *vantajosidade*, que “se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação”;¹² (ix) *desenvolvimento nacional sustentável*, a significar o crescimento econômico que tenha como diretriz norteadora a preservação do meio ambiente;¹³ (x) *proibidade administrativa*, intimamente relacionada à moralidade, correspondendo à honestidade no modo de proceder;¹⁴ (xi) *vinculação ao instrumento convocatório*, a denotar a garantia de que as regras previamente estabelecidas serão observadas por todos;¹⁵ e (xii) *julgamento objetivo*, de modo a vedar a possibilidade de que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo.¹⁶

Para além dos princípios explícitos ou extraíveis dos textos normativos mencionados, a literatura costuma acrescentar os seguintes: (xiii) *competitividade*, pelo qual a Administração não deve adotar medidas ou regras que comprometam ou

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 552.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 552.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 342.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 313.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 318.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 466.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 337.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 338.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 473.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 314.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 553.

restringam o caráter competitivo do certame;¹⁷ (xiv) *possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos demais princípios licitatórios* – aqui entendidos como o da competitividade, isonomia, publicidade e respeito às condições prefixadas no edital;¹⁸ (xv) *adjudicação compulsória*, pelo qual a Administração não pode atribuir o objeto da licitação a outrem que não seja o vencedor, ressalvadas as possibilidades legais de revogação do certame;¹⁹ e (xvi) *proporcionalidade*, que representa o equilíbrio norteador da busca de diversos fins igualmente relevantes, notadamente a vantajosidade e a isonomia.²⁰

3 Função regulatória da licitação no Brasil: fundamentos normativo e pragmático

A delimitação da função regulatória da licitação no Brasil passa pela identificação indispensável do que seja, antes de tudo, a *regulação* como função estatal. Nas palavras de Marçal Justen Filho, a regulação “consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa”.²¹ A ideia, portanto, é a de que o Estado reserva a sua atuação direta às atividades que entende por bem devam ser por ele desempenhadas, por razões políticas, práticas, operacionais ou de relevância da atividade. Nas demais, preserva uma atuação indireta, criando um conjunto de normas jurídicas que regulamentam a ação dos agentes econômicos, públicos e privados, em determinado setor, com estímulos e desestímulos, incentivos e sanções, de modo a conformar seu comportamento à consecução dos objetivos públicos maiores de interesse coletivo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diferentemente de sua antecessora, cuidou expressamente da licitação, iniciando por definir que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 22, inciso XXVII, com acréscimos redacionais conferidos pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

No art. 37, inciso XXI, estabeleceu a obrigatoriedade do procedimento para a Administração e seus objetivos principais, sobre os quais se tratou no tópico anterior. Na sequência do texto normativo, destaca-se o art. 173, §1º, inciso III, que

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 315.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 553.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 475-476.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 341.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 533.

dispõe sobre a indispensabilidade de previsão do instituto na lei que estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, e o art. 175, *caput*, naquilo que prevê que o procedimento *sempre* deverá ser utilizado na prestação de serviços públicos pelo Poder Público. Esses são os dispositivos que mencionam expressamente a licitação.

Uma análise sistemática do texto constitucional, porém, permite identificar, com nitidez ainda maior, a *função regulatória* em análise. Sobre o ponto, a CRFB/88 dispõe expressamente que o Estado, como agente normativo e *regulador* da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174). Isso logo depois de estabelecer que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), observadas a livre concorrência (inciso IV), a defesa do consumidor (inciso V), a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII).

De modo mais enfático e explícito, ainda nos princípios da ordem econômica, o texto constitucional dispõe que entre eles está a defesa do meio ambiente, inclusive mediante *tratamento diferenciado* conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (inciso VI, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003), e o *tratamento favorecido* para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (inciso IX, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995).

Nessa mesma linha, destacam-se, ainda, o art. 218, segundo o qual o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação, e também o art. 219, *caput*, ao assentar que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, além de seu parágrafo único, determinando que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas e demais entes, públicos ou privados.

Note-se, portanto, que o cenário constitucional exposto acima permite chegar com segurança a, ao menos, duas conclusões que convergem para delinear a função regulatória da licitação no Brasil. *Em primeiro lugar*, o Estado tem o dever de atuar como agente normativo e regulador da economia, promovendo estímulos, incentivos e posturas que se destinem à consecução dos objetivos constitucionais que lhe foram outorgados, dos quais são exemplos a defesa da livre concorrência, do meio ambiente e das empresas de pequeno porte — nesses dois últimos casos, mediante tratamento diferenciado expressamente previsto no texto normativo — ,

a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais e o estímulo ao desenvolvimento cultural e socioeconômico do mercado interno, com a promoção da inovação e do avanço tecnológicos.

Nessa linha de raciocínio, e *em segundo lugar*, percebe-se que a licitação desponta como instrumento de significativa importância na consecução dos objetivos estatais, na medida em que prevista expressamente pelo texto constitucional como o procedimento a ser *obrigatoriamente* adotado pelo Poder Público na realização de obras, serviços, compras, alienações e prestação de serviços públicos. Sob essa perspectiva, portanto, não parece haver dúvida de que a Constituição fixou premissas legitimadoras da atuação estatal, metas públicas de interesse coletivo e mecanismos para a sua operacionalização no mundo concreto.

Nesse particular, é importante perceber que o reconhecimento da função regulatória da licitação é plenamente compatível com o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput* e no art. 37, inciso XXI, naquilo que prevê a igualdade de condições a todos os concorrentes como um dos objetivos da licitação pública. Em uma primeira perspectiva, é bem verdade que a incidência concreta dos ditames regulatórios implicará, ao menos em alguma medida, a diferenciação entre licitantes, notadamente no estabelecimento de critérios objetivos que devem ser observados por aqueles que almejam a execução do objeto do certame, ou mesmo no favorecimento das condições de competição às empresas de pequeno porte, por exemplo.

Nada obstante, a análise mais detida da questão sob uma segunda perspectiva permite equacionar esse aparente conflito, passando por duas etapas. A *primeira etapa* consiste em observar que as normas constitucionais devem ser conciliadas de modo a que todas preservem sua força normativa, para além de simbólica. Vale dizer: é preciso ter em conta que o art. 3º da CRFB/88 erigiu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a par da promoção do bem de todos indiscriminadamente (inciso IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II) e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), de algum modo refletidos pelos supracitados princípios da ordem econômica, dispostos no art. 170.

Bem se vê, portanto, que ambas as funções estatais, de garantia da isonomia e da promoção de interesses coletivos fundamentais à República devem ser conciliadas na melhor medida possível, de modo a que, para além de não se anularem, caminhem lado a lado na concretização dos objetivos constitucionais. Objetivos esses que já não dizem mais apenas com um Estado Liberal no sentido clássico de abstenção estatal em prol da liberdade individual, mas também com um Estado Social proativo, que atue na persecução de interesses coletivos igualmente relevantes à luz do texto normativo constitucional vigente.

Nessa esteira, a *segunda etapa* consiste em reconhecer que esse equacionamento encontra sua legitimidade na própria Constituição, razão pela qual nada há de inconstitucional na justificada redução do âmbito de incidência do princípio da isonomia em prol da promoção de bens constitucionais de interesse coletivo igualmente relevantes, por meio da função regulatória da licitação. Nesse particular, convém resgatar o raciocínio proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e dos fatores que legitimam sua conformação com diferenciações práticas (ou *discrímens*) estabelecidas no mundo concreto.

O referido autor bem esclarece que, para que o *discrímen* legal seja compatível com o princípio da isonomia, é preciso que, no caso concreto, o vínculo de correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles aplicada “seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público”.²² Nesse cenário, portanto, e como destacado, não há dúvida de que a Constituição oferece e mesmo determina que haja um espaço compartilhado de convivência harmônica entre a isonomia e a função regulatória estatal.

Nessa mesma linha, em estudo específico sobre o tema em análise, Victor Aguiar de Carvalho conclui que não haverá violação à isonomia sob o seu aspecto substantivo, contanto que se assegure tratamento equânime aos agentes econômicos que estejam na mesma situação fática e jurídica e “desde que a escolha do objeto ou a concessão do benefício ou preferência a determinado grupo sejam compatíveis com o valor constitucional ou política pública que se pretende promover por meio do poder de compra estatal”.²³

E é interessante perceber que o fundamento normativo delineado acima, a partir da análise do texto constitucional brasileiro, está em plena sintonia com um *fundamento pragmático* que há algum tempo desponta intuitivo na sociedade contemporânea, qual seja: a necessidade de que o Estado encontre caminhos alternativos de colaboração do particular para se desincumbir de seus deveres constitucionais, como a promoção do bem-estar social, a redução das desigualdades,

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conceito jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 41. Nesse sentido, o próprio jurista entende por constitucionalmente justificado, por exemplo, o tratamento diferenciado e favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que abrange o procedimento de aquisições públicas: “[D]eve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação *positiva* (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 552.

²³ CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. *Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017, p. 69.

o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, notadamente por sua crescente incapacidade de atuação eficiente em uma sociedade globalizada e cada vez mais complexa.²⁴

Sobre o tema, convém destacar a análise realizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre o novo papel do Estado na economia. Após percorrer os modelos históricos dominantes de Estado moderno e as características relevantes de sua superação, assevera que (i) o Estado pós-moderno ou contemporâneo congrega as facetas de regulador do mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico, e que (ii) o alcance da *competição* e *eficiência* que lhe servem de fundamento “não mais depende apenas da ação dos Estados, mas, cada vez mais, do concerto de uma *parceria franca* com sociedades solidarizadas pela democracia”.²⁵

Nessa mesma esteira, embora com enfoque na história política norte-americana, Cass R. Sunstein aponta a revolução de direitos que teve lugar entre o “New Deal” e a década de 1980 nos Estados Unidos, com a criação, pela Presidência e pelo Congresso, de direitos até então não previstos expressamente, relativos à proteção contra riscos no trabalho, consumo de produtos, pobreza, jornadas de trabalho prolongadas, baixos salários, fraudes, exploração dos empregados, poluição do ar, da água e substâncias tóxicas. Assim foram criados os programas regulatórios de tutela da população contra os múltiplos riscos advindos da sociedade industrializada.²⁶

Ilustrando a complexidade dos novos problemas sociais, o autor aponta o seguinte comparativo: entre a elaboração da Constituição norte-americana e o final da Guerra Civil, foram criadas 11 (onze) agências regulatórias; entre 1865 e o final do século XIX, 6 (seis) foram criadas; mais 9 (nove) entre 1918 e a Grande Depressão; e, sintomaticamente, nada menos que 17 (dezesete) apenas na década de 1930.²⁷ E é importante que esse movimento regulatório estatal não seja entendido como antagônico à liberdade individual. Isso porque um dos objetivos de um sistema normativo, reforça o autor, não é apenas assegurar autonomia pela possibilidade de satisfação das preferências individuais, mas também, e sobretudo, promover autonomia no próprio processo (normativo) de formação dessas preferências.²⁸

²⁴ ACOCELA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDDES*. [s.l.], v. 40, p. 269-312, dez. 2013, p. 273-274.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 1-19, jul. 2005, p. 8. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43325/44666>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁶ SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge. Harvard University Press, 1993. p. 13.

²⁷ SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge. Harvard University Press, 1993. p. 24.

²⁸ SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge. Harvard University Press, 1993. p. 40-41.

É a partir desse pano de fundo que as compras públicas despontam como relevante instrumento à disposição do Poder Público para a consecução de suas finalidades. Ao movimentarem cerca de 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional,²⁹ as aquisições governamentais revelam um grande potencial de impacto na atuação de diversos atores econômicos que desejem contratar com o Poder Público.³⁰ Sendo assim, a ideia da função regulatória da licitação, em termos práticos, é estabelecer um sistema de incentivos, fomentos, desestímulos e sanções que conforme o comportamento dos licitantes no desenvolvimento de sua atividade econômica e os convide a colaborar com os objetivos públicos,³¹ resultando em uma comunhão de esforços que seja eficiente, mas não apenas sob o aspecto econômico tradicional.³²

Essa ideia, porém, não é nova. Christopher McCrudden demonstra, de modo analítico, que a utilização das aquisições governamentais com objetivo de concretizar políticas sociais remonta à década de 1840, quando o Presidente norte-americano Martin van Buren editou normativa que estabeleceu a jornada diária de 10 (dez) horas de trabalho para indivíduos que trabalhassem sob o âmbito de incidência de certos contratos governamentais. A análise aponta, ainda, outros exemplos emblemáticos: em 1891, a resolução sobre a obrigatoriedade de remuneração justa aos trabalhadores em todos os contratos do governo com o setor privado, editada pela Casa dos Comuns no Reino Unido, e, em 1931, o chamado “Davis-Bacon Act of 1931” nos Estados Unidos, que determinou um salário predominante de dois mil dólares ao trabalhador no setor de construção sempre que os Estados Unidos ou o Distrito de Columbia fosse parte do contrato.³³

²⁹ ACOCELLA, Jessica. A função regulatória da licitação, o GPA e mudanças de rumo à vista. *JOTA* [revista eletrônica]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-funcao-regulatoria-da-licitacao-o-gpa-e-mudancas-de-rumo-a-vista-05022020>. Acesso em: 29 abr. 2020.

³⁰ Nesse particular, Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro apontam que “as licitações não são mais encaradas como procedimentos voltados à aquisição estante de produtos, serviços e obras, mas dotadas, também, de uma função regulatória conformadora do mercado, na qual são empregadas como instrumentos de implementação de políticas públicas”. GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 231-254, p. 232.

³¹ ACOCELLA, Jessica. A função regulatória da licitação, o GPA e mudanças de rumo à vista. *JOTA* [revista eletrônica]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-funcao-regulatoria-da-licitacao-o-gpa-e-mudancas-de-rumo-a-vista-05022020>. Acesso em: 29 abr. 2020

³² Sobre esse ponto de interação, Augusto Durán Martínez assevera que “El contrato administrativo es un contrato entre partes desiguales que persiguen fines distintos, un fin público el Estado, un fin privado el particular, pero no contrapuestos. Si fuesen contrapuestos, como bien señaló SOTO KLOSS, no sería posible el acuerdo. El fin privado coadyuva con el público, lo que convierte al cocontratante particular em colaborador de la Administración”. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El contrato administrativo em Uruguay. *Estudios Jurídicos: publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Montevideo, v. 12, p. 117-191, jan./dez. 2014, p. 157-158.

³³ MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, Oxford, n. 28, p. 257-267, 2004, p. 258. Disponível em: <https://www.equallyours.org.uk/wp-content/uploads/2006/03/ChrisMcCruddenPaper.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Mais recentemente, convém destacar a Diretiva 2014/24 da União Europeia sobre licitações públicas, que revogou a Diretiva 2004/18/EC e reforçou a preocupação com a função extraeconômica dos procedimentos de compras realizados por seus países-membros. Entre as considerações firmadas no documento, duas em específico bem ilustram o ponto aqui em comento. A de número 37, destacando a necessidade de uma integração apropriada de imperativos ambientais, sociais e trabalhistas no âmbito do procedimento de compras;³⁴ e a de número 47, que realçou a importância de que as autoridades públicas façam o melhor uso estratégico das licitações para estimular a inovação, considerando que pesquisa e inovação foram colocadas no centro da estratégia europeia 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.³⁵

Nessa linha, partindo de uma análise abrangente e baseada em exemplos extraídos da União Europeia, do Reino Unido, dos Estados Unidos e da África do Sul, a pesquisadora britânica Sue Arrowsmith desenvolveu interessante trabalho em que propôs uma taxonomia ao que denominou de *políticas horizontais* nas aquisições públicas, entendidas como todos os tipos de políticas econômicas, sociais, políticas em sentido estrito e ambientais.³⁶ Segundo a autora, e sem prejuízo de zonas de intersecção, as políticas horizontais poderiam ser divididas em três grandes grupos: (i) limitadas ou não às exigências legais gerais; (ii) restritas ou não à *performance* ou execução do contrato; e (iii) nove mecanismos de implementação dessas políticas.

No *primeiro grupo*, as políticas horizontais limitadas às exigências legais dizem respeito ao cumprimento da legislação sobre saúde e segurança no trabalho,

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*, n. (37): "With a view to an appropriate integration of environmental, social and labour requirements into public procurement procedures it is of particular importance that Member States and contracting authorities take relevant measures to ensure compliance with obligations in the fields of environmental, social and labour law that apply at the place where the works are executed or the services provided and result from laws, regulations, decrees and decisions, at both national and Union level, as well as from collective agreements, provided that such rules, and their application, comply with Union law. Equally, obligations stemming from international agreements ratified by all Member States and listed in Annex X should apply during contract performance. However, this should in no way prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers." Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>. Acesso em: 13 jun. 2020.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*, n. (47): "Research and innovation, including eco-innovation and social innovation, are among the main drivers of future growth and have been put at the centre of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Public authorities should make the best strategic use of public procurement to spur innovation. Buying innovative products, works and services plays a key role in improving the efficiency and quality of public services while addressing major societal challenges. It contributes to achieving best value for public money as well as wider economic, environmental and societal benefits in terms of generating new ideas, translating them into innovative products and services and thus promoting sustainable economic growth". Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>. Acesso em: 13 jun. 2020.

³⁶ ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010.

exclusão de empresas condenadas criminalmente por corrupção, ou exigência de que as vagas de emprego não discriminem em razão de orientação política ou religiosa — este exemplo extraído da Irlanda do Norte. Já as que vão além das exigências legais gerais poderiam ser retratadas pela promoção de igualdade racial e de gênero, levando o governo a excluir companhias que não adotem uma postura proativa para a implementação de um equilíbrio étnico e de gênero na sua força de trabalho.³⁷

No *segundo grupo*, as políticas horizontais restritas à execução do contrato podem se limitar à exigência de cumprimento da legislação de saúde e segurança no trabalho, ou podem ir além para exigir a contratação de pessoas deficientes acima do mínimo estipulado legalmente. Neste último caso, haveria ainda outras subcategorias como a decisão de prosseguir ou interromper construções em vista do impacto ambiental, além de políticas implementadas no processo de execução, como medidas de consumo (p. ex.: comida que atenda a todos os grupos religiosos ou condições de acessibilidade a pessoas com deficiência), medidas de produção e entrega (p. ex.: produtos que devem ser compostos de material reciclável ou obtidos de fontes renováveis, além do dever de não desperdiçar energia na atividade produtiva), medidas de descarte (p. ex.: dever de reciclar os produtos fornecidos após a sua utilização), e medidas de mão de obra (p. ex.: exigência de condições justas de trabalho e de vagas de trabalho para pessoas com deficiência).³⁸

No que se refere às políticas que vão além da execução do contrato, destacam-se as que regulam o comportamento do contratante por toda a sua atividade, a exemplo da exclusão de empresas que não desenvolvem políticas de ações afirmativas para igualdade da força de trabalho ou as que mantêm relações com países “indesejáveis”, os incentivos a empreendimentos com certas características, como pequenos negócios ou aqueles mantidos por membros de grupos em desvantagem social, e, finalmente, as compensações por parte do contratante, como a promoção de benefícios à comunidade local.³⁹

Por fim, no *terceiro grupo*, sem pretensão de análise detalhada — que fugiria do escopo limitado do presente estudo —, vale mencionar as nove medidas que Sue Arrowsmith identificou como instrumentos de implementação das políticas horizontais nas aquisições públicas. São elas:⁴⁰ (i) *a decisão de comprar ou não*

³⁷ ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010. p. 153-157.

³⁸ ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010. p. 162-4.

³⁹ ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010. p. 165-6.

⁴⁰ ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010. p. 169-82.

comprar, que leva em consideração os benefícios das políticas públicas estimuladas, como movimentar a economia, comprovar a viabilidade de novos produtos, estimular soluções inovadoras e avaliar os impactos ambientais; (ii) *a decisão sobre o que comprar*, influenciada pelo desejo de fomentar ou desenvolver produtos e serviços da indústria nacional em detrimento de outros.

Além disso, (iii) *condições contratuais estabelecidas pelo comprador*, como direito de rescisão, compensações por violações e multas, sem prejuízo de estimular que o próprio empresário decida a melhor forma de atingir os compromissos contratuais relativos às políticas fomentadas; (iv) *disposição e momento das aquisições*, estratégia relativa a dividir grandes aquisições em vários lotes oferecidos ao mesmo tempo ou em momentos distintos, viabilizando a participação das pequenas e médias empresas; e (v) *retirada*, que consiste em limitar a participação no procedimento licitatório a grupos particulares, no mais das vezes a grupos étnicos minoritários, presos, pessoas com deficiência e pequenos empresários.

Na sequência, (vi) *exclusão contratual pela não observância das políticas governamentais*, que é a exclusão de participação de empresas por violações contratuais passadas, tenham redundado ou não em condenação criminal, como forma de encorajar o cumprimento das normas e penalizar comportamentos anteriores; (vii) *preferências na chamada de empresas para apresentação de propostas*, relativas à utilização de considerações “horizontais” para decidir quais empresas convidar para participar de procedimentos específicos mais limitados, como a preferência por empresas de regiões mais pobres.

E, finalmente, (viii) *critérios de adjudicação*, referentes à consideração de méritos relativos dos competidores em relação aos benefícios sociais e/ou ambientais que sua contratação ensejará, como a utilização de ônibus com acesso a cadeira de rodas, materiais recicláveis no processo produtivo e preferência por quem ofereça ou planeje oferecer emprego aos desempregados há muito tempo; e (ix) *medidas para incrementar o acesso aos contratos governamentais*, que tratam de medidas facilitadoras do acesso às contratações públicas sem alteração das condições de competição, como a hipótese de treinamento específico às pequenas e médias empresas ou a empresas de grupos minoritários socialmente, de modo a ajudá-los a entender o procedimento, ou mesmo medidas de redução de custos do sistema de licitações.

É bem de ver que o fenômeno da utilização da função regulatória das licitações também se verifica em regiões mais próximas. Na América Latina, Carlos Pimenta e Natalia Rezaí destacam que o desenho das políticas de compras e contratações já não é uma questão de técnica, pois agora procura incorporar objetivos sociais, econômicos e ambientais, alinhando-as a objetivos estratégicos de políticas públicas: no caso da política econômica, promoção da participação das pequenas e médias empresas nos contratos, de modo a incrementar sua contribuição agregada;

no caso das políticas sociais, promoção da igualdade de gênero e das empresas com proprietárias mulheres; e, no caso das políticas nacionais, fortalecimento da proteção ao meio ambiente.⁴¹

Por todo o cenário exposto, com destaques de países estrangeiros que compartilham dessa mesma estratégia de atuação estatal em coordenação com o particular, conclui-se que, de fato, a função regulatória das licitações possui um potencial que merece ser explorado. Sua vocação a desempenhar um papel transformador na persecução de finalidades públicas não apenas tem legitimidade normativa no Brasil, como razão pragmática de ser, sobretudo à luz dos desafios econômicos, sociais e ambientais que se apresentam em termos de políticas públicas eficientes.

4 Panorama legislativo e perspectivas

A partir das considerações apontadas até aqui, cumpre analisar de que forma e em que medida a legislação infraconstitucional tem refletido a função regulatória da licitação no Brasil, bem como as perspectivas de futuro que se avizinham em termos de produção legislativa. Nesse sentido, e à luz desses objetivos, o estudo proposto nos tópicos seguintes levará em consideração as normas jurídicas de maior abrangência, separando-as por áreas temáticas que melhor identificam os objetivos de sua edição, sem prejuízo de eventuais zonas de intersecção e sem a pretensão de exaurir o estudo do tema.

O objeto da análise serão as normas produzidas no âmbito federal, com destaque para as perspectivas legislativas futuras a partir das proposições contidas no Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, do Senado Federal (“proposta de nova lei geral de licitações e contratos” ou “Substitutivo”), vocacionado a ocupar a posição de nova lei geral de licitações e contratos. Isso porque estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, revoga dispositivos da Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC) e revoga a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) e a Lei nº 10.520/02

⁴¹ Carlos Pimenta e Natalia Rezai asseveram que “El diseño de las políticas de compras y contrataciones ya no es una cuestión técnica; ahora procura incorporar objetivos sociales, económicos y medioambientales. Al hacerlo, los gobiernos pueden alinear la compra y contratación con objetivos estratégicos de políticas públicas. En el caso de la política económica, promover la participación de las PYME en los contratos puede ser una forma de incrementar su contribución al producto agregado. En el caso de las políticas sociales, la compra y contratación pública puede ser una herramienta para promover la igualdad de género y las empresas pertenecientes a mujeres. Por último, la compra y contratación pública puede ayudar a fortalecer las políticas nacionales que procuran proteger y promover el medio ambiente”. PIMENTA, Carlos; REZAI, Natalia. *Compras y contrataciones públicas en América Latina*. In: PIMENTA, Carlos; PESSOA, Mario (Coord.). *Gestión financiera pública en América Latina: la clave de la eficiencia y la transparencia*. Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo, p. 347-394, jan./dez. 2015. p. 385.

(Lei do Pregão). O Substitutivo foi enviado ao Senado pelo Presidente da Câmara no último dia 10 de outubro de 2019, para apreciação.⁴²

4.1 Promoção do desenvolvimento nacional sustentável e da inclusão social

O *desenvolvimento nacional sustentável* corresponde ao crescimento econômico do país que seja norteado pela preservação do meio ambiente,⁴³ como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, como disposto pelo art. 225, *caput*, da CRFB/88. A partir dessa ideia, fala-se em licitação pública sustentável, ecológica, verde ou ambiental como “aquela que considera os aspectos ambientais e seus impactos sociais e econômicos em todos os estágios do processo de contratação pública”.^{44 45}

Na década de 1980, o legislador sinalizou um avanço importante na temática ambiental, com a edição da Lei nº 6.938/81, que instituiu a “Política Nacional do Meio Ambiente” e marcou a sistematização dos mecanismos de formulação e aplicação das políticas ambientais.⁴⁶ Nessa linha de preocupação, o Ministério do Meio Ambiente criou, em 1999, a “Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P)”, programa que tem por objetivo estimular a implementação de práticas e ações sustentáveis em suas atividades internas e externas, com base em 5 (cinco) eixos: uso racional dos recursos naturais e bens públicos, gestão adequada dos resíduos gerados, qualidade de vida no ambiente de trabalho, sensibilização e capacitação e *licitações sustentáveis*.⁴⁷

Após uma década, o legislador editou a Lei nº 12.187/09, que instituiu a “Política Nacional sobre Mudança do Clima” e elencou como um de seus instrumentos o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de

⁴² BRASIL. *Projeto de Lei nº 1292/1995*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 338.

⁴⁴ GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012, p. 237.

⁴⁵ Sobre o ponto, FERRAZ, Luciano. A função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009, p. 141: “o art. 170 da Constituição, ao arrolar como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (IV) admite, por exemplo, que um edital possa pontuar nas licitações de técnica e preço ou nas licitações de melhor técnica empresas que comprovem responsabilidade ambiental, desenvolvimento de programas de educação ambiental, utilização de materiais recicláveis para a realização de objeto do certame”.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 476.

⁴⁷ BRASIL. *Agenda ambiental na administração pública (A3P)*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/a3p>. Acesso em: 17 jun. 2020.

resíduos (art. 6º, XII). Sobreveio a Instrução Normativa nº 01/10, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que estabeleceu critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal. No mesmo ano, o Ministério lançou o “Portal de Contratações Públicas Sustentáveis do Governo Federal”, com informações e iniciativas bem-sucedidas na área.⁴⁸

Na linha dessa escalada legislativa, chegou-se ao que se pode apontar como divisor de águas na matéria das licitações sustentáveis,⁴⁹ consistente na edição da Lei nº 12.349/10, que alterou o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 para incluir a expressão “sustentável” ao desenvolvimento nacional ali previsto. Na oportunidade, então, consolidou-se o *desenvolvimento nacional sustentável* como um dos objetivos legais a serem buscados por toda e qualquer licitação realizada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746/12, que estabeleceu critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas federais e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública.⁵⁰

Para além disso, é importante destacar alguns dispositivos relevantes da Lei nº 12.462/11, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei do RDC). O RDC foi inicialmente pensado para incrementar a eficiência das licitações e contratos relacionados a eventos esportivos específicos, quais os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014, bem como as obras de infraestrutura e aeroportuárias em capitais vizinhas das cidades sedes dos eventos, nos termos do art. 1º, incisos I ao III. Posteriormente, porém, teve seu âmbito de aplicação ampliado por leis específicas e passou a reger licitações e contratos em outras hipóteses, descritas nos incisos IV ao X do art. 1º da lei.⁵¹

⁴⁸ BRASIL. *Serviço federal de processamento de dados*. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/planejamento-lanca-portal-de-contratacoes-sustentaveis>. Acesso em: 17 jun. 2020.

⁴⁹ Nesse sentido, ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. *As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias*. Brasília, 2016. 141 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília, p. 68.

⁵⁰ O diploma foi alterado pelo Decreto nº 9.178/17, como na parte em que tornou obrigatória, e não apenas facultativa, a exigência dos critérios e práticas sustentáveis no instrumento convocatório, nos termos do art. 2º, *caput*.

⁵¹ Atualmente, os referidos dispositivos preveem a utilização do RDC para as seguintes hipóteses: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (inciso IV); obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V); obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI); ações no âmbito da segurança pública (inciso VII); obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (inciso VIII); contratos a que se refere o art. 47-A (inciso IX); e ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (inciso X).

Naquilo que importa ao presente estudo, a Lei do RDC trouxe as seguintes previsões legais: (i) diretriz relativa à maior vantagem para a Administração, considerando custos e benefícios diretos e indiretos de natureza ambiental, inclusive os relativos ao desfazimento de bens e resíduos (art. 4º, III); (ii) dever de respeito às normas de disposição final ambientalmente adequada dos resíduos, mitigação por condicionantes e compensação ambiental e utilização de produtos, equipamentos e serviços que comprovadamente reduzam o consumo de energia e recursos naturais (art. 4º, §1º, I, II e III); (iii) faculdade de se solicitar certificação de qualidade do produto ou processo de fabricação inclusive sob o aspecto ambiental (art. 7º, III); (iv) adoção facultativa, na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, de remuneração variável vinculada ao desempenho e a critérios de sustentabilidade ambiental (art. 10); (v) possibilidade expressa de exigência, nas licitações, de requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 14, parágrafo único, II); e (vi) o julgamento pelo menor preço ou maior desconto que deverá considerar o menor dispêndio, cuja definição poderá considerar custos indiretos de impacto ambiental (art. 19, §1º).

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos, no ponto em análise, merece destaque por 2 (dois) méritos específicos. Em primeiro lugar, incorporou as disposições legislativas pertinentes às questões ambientais, ampliando o âmbito daquelas que eram previstas apenas na Lei do RDC. Nesse aspecto, cite-se o art. 5º, que manteve o desenvolvimento nacional sustentável como um dos vetores principiológicos de aplicação da lei. Quanto às demais disposições citadas acima, manteve-as nos arts. 34, *caput* e §1º (consideração do impacto ambiental para a definição de menor dispêndio, com acréscimo de “outros fatores vinculados ao ciclo de vida”), 41, III (certificação que considere o aspecto ambiental), 44, I, II e III (disposição final ambientalmente adequada, mitigação e compensação ambiental, redução do consumo de energia e de recursos naturais), e 143 (remuneração variável por critérios de sustentabilidade ambiental).

Em segundo lugar, reforçou a relevância das práticas sustentáveis ao trazer 5 (cinco) novas previsões legislativas, quais sejam: (i) possibilidade de que o edital preveja a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental, aliada à prioridade desse licenciamento para as obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos da lei (art. 25, §§5º e 6º); (ii) possibilidade de margem de preferência de até 10% (dez por cento) para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis (art. 26, *caput*, II e §1º, II); (iii) previsão, como critério de desempate, da prática comprovada da mitigação tratada na Lei nº 12.187/09 (art. 59, §1º); (iv) extinção justificada do contrato em caso de atraso ou impossibilidade de obtenção da licença ambiental (art. 136, VI); e (v) exigência de que a decisão excepcional sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato avalie, entre outras, a motivação social e ambiental do contrato (art. 146, II).

Já a *inclusão social*, compreendida como o conjunto de ações tendentes a minimizar a exclusão social causada por discriminações como a de classe, gênero, raça, cor, idade e baseada em impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, também pode ser observada na legislação, à luz do art. 3º, IV, da CRFB/88. A esse respeito, a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) incluiu, no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o critério de desempate em favor de empresas que comprovem o cumprimento de reserva legal de cargos para pessoa com deficiência ou reabilitado da Previdência e que atendam às regras legais de acessibilidade (§2º, V) e a possibilidade de fixação de margem de preferência nesses casos (§5º). A Lei do RDC, por sua vez, estabelece que as contratações devem respeitar, especialmente, as normas de acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 4º, §1º, VI).

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos não mais prevê o preenchimento da reserva de cargos para pessoas com deficiência e reabilitados da Previdência como critério de desempate ou de margem de preferência. Em rigor, porém, reforçou a política de inclusão ao estipular (i) a obrigatoriedade de que, na fase de habilitação, o licitante declare o preenchimento da reserva de cargos (art. 62, IV), (ii) com cláusula contratual obrigatória nesse sentido (art. 91, XVII), (iii) de observância obrigatória ao longo de toda a execução do contrato (art. 115), (iv) cujo descumprimento acarreta a sua extinção (art. 136, IX).

Além disso, o novo diploma trouxe dois outros avanços, relativos à possibilidade de exigência de que o contratado destine percentual mínimo da mão de obra à mulher vítima de violência doméstica e a oriundo ou egresso do sistema prisional (art. 25, §9º, I e II), e ao novo critério de desempate em favor de empresas que desenvolvam ações de equidade entre homens e mulheres no trabalho (art. 59, III).

4.2 Combate à corrupção

No âmbito específico do Poder Público, Emerson García assevera que a corrupção “indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”.⁵² No Brasil, é notório que a tradição histórica patrimonialista ainda é um capítulo em aberto no livro dos avanços civilizatórios, sendo imperioso reconhecer que a corrupção encontrou na base de valores da sociedade um solo fértil para que pudesse se tornar endêmica em inúmeras estruturas de poder.⁵³

⁵² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

⁵³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.

À luz desse cenário, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) estabeleceu as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios da Administração Pública no exercício do mandato, cargo, emprego ou função. No ano seguinte, e especificamente sobre o tema licitatório, a Lei nº 8.666/93 tipificou penalmente condutas atentatórias à lisura e à legalidade do certame (art. 89 ao art. 99).

Passadas duas décadas, o legislador avançou na matéria e produziu a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15. Ao dispor sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a lei previu como ato lesivo, dentre outros, a fraude e frustração das licitações e contratos (art. 5º, IV). De mais relevante, o art. 7º, VIII, estabeleceu que, na aplicação das sanções cominadas pela lei, deverá ser levada em consideração “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.⁵⁴

Como se observa, não há obrigatoriedade legal de que as empresas em geral e as licitantes, em particular, adotem o programa de integridade em sua estrutura interna de funcionamento. A ideia parece ter caminhado no sentido de que a adoção voluntária fosse consequência do incentivo legal, que contempla esse mecanismo como motivo idôneo de atenuação das sanções impostas pela prática de atos lesivos ao Poder Público. Nada obstante, e apenas a título de exemplo, veja-se que alguns entes federativos, como o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, foram além para estipular a obrigatoriedade da instituição do programa de integridade nas sociedades empresárias que tencionem manter relações negociais com o Poder Público em determinadas hipóteses.⁵⁵

Destaque-se, ainda, a regra da transparência nos procedimentos licitatórios. O art. 3º, §3º, da Lei nº 8.666/93 prevê que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, ressalvado o conteúdo das propostas, ao menos até a respectiva abertura. O art. 44, §1º, veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa prejudicar a igualdade entre os licitantes. E o art. 94 prevê como crime, sujeito a detenção de 2 (dois) a 3 (três) anos e multa, a conduta de devassar o sigilo da proposta apresentada no certame, ou proporcionar a terceiro a oportunidade de o fazer.

⁵⁴ O Decreto nº 8.420/15 regulamentou a relevância da existência e do funcionamento do programa de integridade na dosimetria das sanções (art. 5º, §4º, e art. 18, V), bem como definiu seu conceito e estabeleceu os parâmetros que devem ser observados pelas pessoas jurídicas que optem por adotá-lo (art. 41 e ss.).

⁵⁵ Nesse sentido, v. Lei estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017, no Rio de Janeiro; e Lei distrital nº 6.112, de 02 de fevereiro de 2018, no Distrito Federal.

Ainda nessa linha, cite-se a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação). O art. 7º, VI, prevê o acesso à informação relativa à licitação e a contratos administrativos, e o art. 33, IV, a suspensão temporária de participar em licitação e o impedimento de contratar com a Administração Pública por até 2 (dois) anos em caso de descumprimento.

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos surge com 4 (quatro) avanços significativos que merecem destaque. O primeiro e mais relevante é a obrigatoriedade da “cláusula anticorrupção” ou de implantação de programa de integridade nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato (art. 25, §4º). Os dois subseqüentes reforçam a transparência, de modo a coibir fraudes e conluio pelo incremento na possibilidade de fiscalização externa.

Nesse sentido, o segundo se refere à criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio oficial de divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela lei e de realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos (art. 174, *caput*, I e II).⁵⁶ O terceiro consiste na ampliação da utilização das audiências públicas, que passam a poder ser convocadas pela Administração, de modo presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre qualquer licitação, com disponibilização prévia das informações e documentos pertinentes e possibilidade de manifestação (art. 21, *caput*),⁵⁷ inclusive por consulta pública aberta a sugestões (art. 21, parágrafo único).

Por fim, o quarto avanço diz respeito à previsão de que, em qualquer caso, não apenas em licitações de grande vulto, o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, funcione como critério de desempate entre duas ou mais propostas (art. 59, *caput* e inciso IV).

⁵⁶ Outras referências relevantes às funcionalidades do PNCP são: (i) sítio oficial para consulta ao painel de preços ou ao Banco de Preços em Saúde (art. 23, §1º, I); (ii) fonte de consulta ao registro cadastral unificado das empresas, quando da atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores no julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço (art. 37, *caput*, III); (iii) obrigatoriedade de que nele seja divulgado e mantido o inteiro teor do edital e anexos à disposição do público, além dos documentos da fase preparatória (art. 53, §§1º e 2º); (iv) obrigatoriedade de que nele seja divulgado e mantido, à disposição do público, o extrato do cartão de pagamento utilizado em hipóteses específicas de dispensa de licitação (art. 74, §4º); (v) dever da Administração de utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no PNCP para cadastro unificado de licitantes (art. 86, *caput*); e (vi) divulgação do contrato e seus aditamentos no PNCP como condição de eficácia (art. 93, *caput* e incisos I e II).

⁵⁷ Com efeito, a Lei nº 8.666/93 dispõe sobre audiência pública, mas apenas no sentido de que é obrigatória no início de licitação cujo valor estimado seja superior a 100 (cem) vezes o limite do art. 23, I, “c” – isto é, concorrência em obras e serviços de engenharia acima de R\$1.5000.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (art. 39).

4.3 Fomento a indústria nacional, competitividade, setores estratégicos e desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras de mercado

O *fomento à indústria nacional* é exemplo por excelência da função regulatória da licitação, seja por ser imperativo intuitivo da soberania nacional, seja pelas previsões constitucionais já mencionadas de que garantir o desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República, e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e aqui sediadas como um dos princípios da ordem econômica.

Sintomaticamente, o art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, na redação original que ainda vige, estipulou como critério de desempate, em igualdade de condições, a preferência por bens e serviços produzidos no país (inciso II) e por aqueles produzidos ou prestados por empresas brasileiras (inciso III). Mas foi somente com a Medida Provisória nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, que se acrescentou a promoção do desenvolvimento nacional como um dos objetivos da licitação.

E, mais do que isso, a alteração no art. 3º previu expressamente a possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (§5º e 6º), com base em estudos revistos periodicamente (§6º), com margem adicional para os resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país (§7º). A definição concreta das margens ficou a cargo do Poder Executivo federal, respeitadas limitações percentuais de preço (§8º) e de capacidade de produção ou prestação no país (§9º). Note-se, ainda, a inclusão da possibilidade de que os editais de licitação adotem, de forma justificada, a exigência de que o contratado promova medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento (§11).

A partir dessa mudança legislativa, inúmeros Decretos foram editados para estabelecer margens de preferência para aquisição de determinados produtos nacionais. De acordo com o Portal de Compras do Governo Federal, são quase duas dezenas de atos normativos regulamentares nesse sentido,⁵⁸ em cujo âmbito se

⁵⁸ O sítio eletrônico oficial aponta 17 (dezessete) até o momento, a saber: (i) Decreto nº 7.713/12 (fármacos e medicamentos), (ii) Decreto nº 7.756/12 (produtos de confecções, calçados e artefatos), (iii) Decreto nº 7.767/12 (produtos médicos), (iv) Decreto nº 7.810/12 (papel-moeda), (v) Decreto nº 7.812/12 (veículos para vias férreas), (vi) Decreto nº 7.816/12 (caminhões, furgões e implementos rodoviários), (vii) Decreto nº 7.840/12 (perfuratrizes e patrulhas mecanizadas), (viii) Decreto nº 7.841/12 (retroescavadeiras e motoniveladoras), (ix) Decreto nº 7.843/12 (disco para moeda), (x) Decreto nº 7.903/13 (equipamentos de tecnologia da informação e comunicação), (xi) Decreto nº 8.002/13 (pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins), (xii) Decreto nº 8.184/14 (equipamentos de tecnologia da informação e comunicação), (xiii) Decreto nº 8.185/14 (aeronaves executivas), (xiv) Decreto nº 8.186/14 (licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos), (xv) Decreto nº 8.194/14 (equipamentos de tecnologia da informação e comunicação), (xvi) Decreto nº 8.223/14 (brinquedos) e (xvii) Decreto nº 8.224/14

encontram, por exemplo, margem de preferência para aquisição de fármacos e medicamentos específicos (Decreto nº 7.713/12), caminhões, furgões e implementos rodoviários (Decreto nº 7.816/12), disco para moeda (Decreto nº 7.843/12) e equipamentos de tecnologia da informação e comunicação (Decreto nº 8.184/14).

Nessa linha de estímulo à indústria nacional, ainda que em zona de interseção com o fomento à competitividade, cumpre destacar a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte (“pequenas empresas”), de modo a dispensar a essas categorias um tratamento diferenciado e favorecido em temas relevantes no exercício da atividade empresarial. Nessa esteira, aponte-se a previsão de desburocratização de regras empresariais (art. 4º e art. 70), regime diferenciado de arrecadação de tributos e contribuições pela instituição do Simples Nacional (art. 12), simplificação do cumprimento de obrigações trabalhistas (art. 51) e facilitação do acesso à Justiça (art. 54 e art. 74). Relativamente ao acesso aos mercados, destaca-se seção própria reservada às aquisições públicas.

Nessa parte, o tratamento favorecido ganhou os seguintes contornos:⁵⁹ (i) diferimento do momento de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista (art. 42); (ii) prazo para regularização dessa documentação (art. 43, §1º); (iii) empate ficto favorável às pequenas empresas quando suas propostas forem iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à melhor classificada, ou até metade disso na modalidade pregão (art. 44, §§1º e 2º); (iv) previsão de tratamento diferenciado e simplificado nas contratações públicas da administração de todos os entes federativos, com aplicação da legislação mais favorável, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional e à ampliação da eficiência das políticas públicas (art. 47).

Nesse último ponto, o art. 48 estabeleceu (iv.1) dever de realização de processo licitatório exclusivo para itens cujo valor não exceda oitenta mil reais (inciso I), (iv.2) possibilidade de se exigir dos licitantes a sua subcontratação (inciso II), (iv.3) dever de fixação, nas aquisições de bens divisíveis, de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) (inciso III), bem como (iv.4) prioridade justificada de contratação daquelas sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço (§3º). Previu-se, contudo, a inaplicabilidade dos arts. 47 e 48 quando não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos da categoria, e

(máquinas e equipamentos). BRASIL. *Portal de compras do governo federal*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/cartao-de-pagamento/103-legislacao/legislacao-tema/legislacao-tema-accordion/549-margem-de-preferencia>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁵⁹ Nesse particular, cf. Decreto nº 8.538/15, que regulamentou esse tratamento favorecido para as pequenas empresas, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal, modificado pelo Decreto nº 10.273/20, que o alterou e estendeu o tratamento para consórcios formados pelas pequenas empresas.

quando sua aplicação não for vantajosa à Administração ou gerar prejuízo ao objeto contratado (art. 49, II e III).

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos não altera o referido estatuto, mas faz modificações no tratamento geral das margens de preferência dado pela Lei nº 8.666/93. Nesse particular, o art. 26 mantém a possibilidade de margem de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras (inciso I), a ser definida pelo Poder Executivo federal (§1º, inciso I), mas limita a sua incidência a até 10% (dez por cento) sobre o preço dos demais bens e serviços licitados (§1º, II). Reitera a possibilidade de sua extensão a bens e serviços originários de Estados-Partes do Mercosul, se houver reciprocidade (§1º, III). Especifica o percentual de até 20% (vinte por cento) para bens e serviços resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país, antes limitado a uma previsão genérica de margem adicional (§2º).

Além disso, generaliza a previsão de que Estados, DF e Municípios possam estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para bens nacionais produzidos regionalmente (§3º) ou, no caso dos Municípios de até cinquenta mil habitantes, para empresas neles sediadas (§4º), o que antes era restrito às pequenas empresas. Mantém a possibilidade de se exigir medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica, ou acesso a condições vantajosas de financiamento (§6º). Por fim, relega a critérios subsidiários de desempate a localização da empresa no território do licitante (art. 59, §1º, I) e sua brasilidade (art. 59, §1º, II).

No que se refere ao *fomento à competitividade*, o art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93 prevê que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração devem ser divididas em tantas parcelas quantas forem comprovadas, técnica e economicamente, possíveis, de modo a se obter o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. O art. 1º, §1º, I, da Lei do RDC aponta a ampliação da competitividade como um dos objetivos da lei, enquanto seu art. 4º, IV, estabelece como diretriz o parcelamento do objeto, visando à ampla participação dos licitantes, sem perder a economia de escala.

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos reforça a importância do caráter competitivo ao elevar o dever de parcelamento à condição de princípio a ser observado no planejamento de compras (art. 40, V, “b”), delineando com clareza os seus fundamentos (art. 40, §2º) e delimitando as hipóteses em que poderá não ser adotado (art. 40, §3º). Generaliza, ainda, a possibilidade de que o orçamento estimado da contratação tenha caráter sigiloso, desde que justificadamente e até a finalização do julgamento das propostas (art. 24, I e II), o que antes era previsto apenas na Lei do RDC, até o encerramento da licitação (art. 6º).

Quanto ao *fomento a setores estratégicos*, a Lei nº 8.666/93, em disposição incluída pela Medida Provisória nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, prevê

que nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com o processo produtivo básico (PPB) tratado na Lei nº 10.176/01 (art. 3º, §12).

Nesse sentido, sobreveio a Lei nº 12.598/12, com normas especiais para compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa (SD). Sobre produtos estratégicos de defesa (PED) e SD, o art. 3º, §1º, previu que o Poder Público poderá realizar licitação (i) destinada exclusivamente à participação de empresas estratégicas de defesa — i.e., credenciadas pelo Ministério da Defesa — quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED (inciso I), (ii) destinada exclusivamente a compra ou contratação de produto de defesa (PRODE) ou SD produzido ou desenvolvido no país ou que utilize insumos nacionais, ou com inovação aqui desenvolvida (inciso II), e (iii) que assegure à empresa nacional produtora de PRODE ou instituição científica e tecnológica, nas condições do edital e contrato, a transferência do conhecimento tecnológico ou participação na cadeia produtiva (inciso III).

A proposta de nova lei geral de licitações não modificou o quadro legislativo nesse tema. Limitou-se a manter a literalidade da disposição contida na Lei nº 8.666/93, no sentido de que as licitações que versarem sobre implantação, manutenção e aperfeiçoamento de produtos estratégicos poderão ser restritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país (art. 26, §7º).

O fomento ao desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras de mercado, conforme mencionado, encontra lugar especial no art. 219, parágrafo único da CRFB/88, que assevera que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. Nesse particular, César Abusleme Mardones conceitua *inovação* como aquilo que tenha uma ideia nova como elemento estrutural básico (novidade), desenvolvida e implementada (implementação prática) e útil ou funcional, ao menos em teoria (utilidade), entendida sob dupla ótica: inovação *do e por meio do* setor público.⁶⁰

Sob essa perspectiva, a Lei nº 8.248/91 dispôs sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação. Estabeleceu que, nas aquisições a ela pertinentes, a Administração Pública federal deverá preferir (i) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país, e (ii) bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo (art. 3º, I e II). Previu, ainda, a possibilidade de que a aquisição seja restrita às empresas que cumpram o PPB

⁶⁰ ABUSLEME MARDONES, César. Las compras públicas de tecnología e innovación como um elemento central de las políticas públicas del siglo XXI. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago, v. 5, n. 2, p. 95-126, jan./dez. 2016, p. 103-105.

(art. 3º, §2º). A Lei nº 8.666/93, em disposição incluída pela Lei nº 11.196/05, também estabeleceu preferência, em caso de empate, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país (art. 3º, §2º, IV).

A Lei do RDC deixou expresso que dois de seus objetivos são a promoção da troca de experiências e tecnologias em busca do melhor custo-benefício para o setor público e o incentivo à inovação tecnológica (art. 1º, §1º, II e III). Nessa linha, destaca-se também a Lei nº 10.973/04, que tratou de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e instituiu como princípio a utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação (art. 1º, XIII), que também foi adotado como um dos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas (art. 19, §2º-A, VIII, §6º, IX).

A proposta de nova lei geral de licitações e contratos reforça e inova o cenário. Estabelece o dever de que os órgãos administrativos com competência regulamentar promovam a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados (art. 19, V). Na engenharia, exclui a contratação destinada a viabilizar projetos de ciência, tecnologia e inovação da observância do limite de preço (art. 45, §8º). E, apesar de relegar a critério de desempate subsidiário a preferência por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país (art. 59, §1º, III), prevê que as contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, inclusive mediante adoção de tecnologia da informação (art. 168, *caput*).

De modo ainda mais inovador, inclui o *diálogo competitivo* como modalidade de licitação (art. 28, V), restrito a contratações que envolvam aspectos tecnológicos (art. 32, I) e fundamentado na ideia procedimental de que a Administração expõe suas necessidades e exigências a quem tenha interesse em participar, pré-seleciona os licitantes por meio de critérios objetivos previamente divulgados, e, ao final e fundamentadamente, identifica a melhor solução (art. 32, §1º).

Por fim, igualmente inovadora é a adoção do *procedimento de manifestação de interesse* (PMI) como instrumento auxiliar das licitações (art. 77, III), por meio do qual a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, por meio de procedimento aberto com chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (art. 80).

5 Conclusão

Como visto, a função regulatória da licitação corresponde à utilização do procedimento de compras públicas e de sua respectiva regulamentação normativa para induzir comportamentos desejáveis nos setores público e privado, de modo a

promover políticas públicas de interesse coletivo. Essa função encontra fundamento constitucional no Brasil, a partir da análise dos objetivos fundamentais da República e das disposições sobre a função regulatória do Estado e o papel de destaque da licitação como instrumento obrigatório de compras públicas. Em termos pragmáticos, encontra paralelo além das fronteiras territoriais, pela difundida ideia de utilização estatal das compras públicas para, em cooperação com o particular, promover o bem comum.

A legislação infraconstitucional apresenta exemplos práticos de regulação nas licitações, especialmente nas áreas de promoção do desenvolvimento nacional sustentável e da inclusão social, do combate à corrupção, e do fomento a indústria nacional, competitividade, setores estratégicos e desenvolvimento de soluções tecnológicas inovadoras de mercado. Essa aplicação geralmente se desenvolve por meio de limitação dos participantes, critérios de desempate, margens de preferência, controle externo do certame e obrigações contratuais específicas ao licitante.

A proposta da nova lei geral de licitações e contratos consolida as políticas implementadas e reúne disposições esparsas e antes limitadas a determinados certames. Além disso, traz verdadeiras inovações, relativas, em especial, a transparência, inclusão social e fomento a soluções inovadoras. Por certo, a complexidade dessa arquitetura normativa deixa sempre em aberto a possibilidade para melhores equacionamentos. Isso, porém, apenas reforça o reconhecimento merecido de que, com essa proposta de nova lei geral, o legislador andou bem e na direção certa.

Referências

ABUSLEME MARDONES, César. Las compras públicas de tecnología e innovación como un elemento central de las políticas públicas del siglo XXI. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago, v. 5, n. 2, p. 95-126, jan./dez. 2016.

ACOCELA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. *Revista do BNDDES*. [s.l.], v. 40, p. 269-312, dez. 2013.

ACOCELLA, Jessica. A função regulatória da licitação, o GPA e mudanças de rumo à vista. *JOTA* [revista eletrônica]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-funcao-regulatoria-da-licitacao-o-gpa-e-mudancas-de-rumo-a-vista-05022020>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. *As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias*. Brasília, 2016. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. Nottingham, v. 10, issue 2, p. 149-186, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conceito jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Agenda ambiental na administração pública (A3P)*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/mma-em-numeros/a3p>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. *Portal de compras do governo federal*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/cartao-de-pagamento/103-legislacao/legislacao-tema/legislacaotema-accordion/549-margem-de-preferencia>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. *Projeto de lei nº 1292/1995*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. *Serviço federal de processamento de dados*. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/planejamento-lanca-portal-de-contratacoes-sustentaveis>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. *Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El contrato administrativo em Uruguay. *Estudios Jurídicos: publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Montevideo, v. 12, p. 117-191, jan./dez. 2014.

FERRAZ, Luciano. A função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009, p. 141.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012, p. 237.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, Oxford, n. 28, p. 257-267, 2004. Disponível em: <https://www.equallyours.org.uk/wp-content/uploads/2006/03/ChrisMcCruddenPaper.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 1-19, jul./set. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43325/44666>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PIMENTA, Carlos; REZAI, Natalia. Compras y contrataciones públicas en América Latina. In: PIMENTA, Carlos; PESSOA, Mario (Coord.). *Gestión financiera pública en América Latina: la clave de la eficiencia y la transparencia*. Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo, p. 347-394, jan./dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. *Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>. Acesso em: 13 jun. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAUJO, Valter Shuenquener de; FARIAS FILHO, Mauro César Teixeira de. A função regulatória da licitação no Brasil: estado da arte e perspectivas de futuro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 87-116, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1483.
