

**FLÁVIA MORAES BARROS MICHELE FABRE**

**FUNÇÃO HORIZONTAL DA LICITAÇÃO E DA  
CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA**

**Tese de Doutorado**

**Orientadora: Professora Titular Dra. Odete Medauar**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2014**

**FLÁVIA MORAES BARROS MICHELE FABRE**

**FUNÇÃO HORIZONTAL DA LICITAÇÃO E DA  
CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor, na área de concentração Direito de Estado, sob a orientação da Professora Titular Dra. Odete Medauar.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2014**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Fabre, Flavia Moraes Barros Michele  
F 12f      Função horizontal da licitação e da contratação  
administrativa / Flavia Moraes Barris Michele Fabre.  
São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2014.  
185 f.

Orientadora: Profa. Dra. Odete Medauar  
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Estado,  
2014.

1. Políticas públicas. 2. Administração pública.  
3. Licitação. 4. Desenvolvimento sustentável. I. Medauar,  
Odete. II. Título.

CDU

*Dedico a presente tese a meus amados filhos, João Pedro e  
Guilherme, bem como ao meu marido Luiz Carlos Michele Fabre e  
à toda minha família. Tanto amor é sempre uma fonte inesgotável  
de força e inspiração.*

## **AGRADECIMENTOS**

Jamais poderei agradecer suficientemente a todos aqueles que me ajudaram a trilhar o árduo caminho de redigir uma tese. Em especial, devo infinita gratidão à minha orientadora, Professora Odete Medauar, que soube me levar a questionar certas posições, a rever conceitos não tão claros, a aclarar pontos nevrálgicos deste trabalho, com imenso respeito por minha independência intelectual, mostrando-me o que significa, efetivamente, a palavra “orientar”.

Devo meus sinceros agradecimentos aos integrantes de minha banca de qualificação, que tão generosamente contribuíram com ideias e questionamentos sobre o tema de minha tese, auxiliando-me na descoberta de certas direções a seguir.

Por fim, gostaria de agradecer a todos as pessoas com quem tive contato e que lidam diretamente com as chamadas “Compras Públicas Sustentáveis”, pelo denodo e solicitude com que compartilharam comigo suas dúvidas e opiniões.

FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. 185 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

## RESUMO

Embora o objetivo primário da contratação administrativa seja a aquisição de bens e serviços nos melhores termos possíveis, os entes estatais frequentemente se utilizam de seu inquestionável poder de compra para promover questões nacionais outras, que são industriais, sociais ou ambientais em sua natureza. Todavia, essas políticas, também conhecidas como políticas secundárias, colaterais ou horizontais, legitimamente perseguidas pelos governos nacionais, podem estar em contraste com outros propósitos nacionais ou internacionais legítimos, tais como livre comércio, transparência e lealdade. Esta tese analisa a taxonomia do que denominamos função horizontal da licitação e da contratação administrativa, bem como o modo por meio do qual o regime brasileiro de compras públicas lida atualmente com essas preocupações secundárias (mas de igual importância) econômicas, sociais e ambientais e com os limites impostos à adoção de tais políticas.

**Palavras-chave:** Compras públicas. Políticas horizontais. Políticas colaterais. Políticas secundárias. Desenvolvimento Sustentável.

FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Horizontal policies in public procurement*. 2014. 185 f. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

### ABSTRACT

Although the primary objective of procurement is the acquisition of goods or services on the best possible terms, governments have frequently used their unquestionable power of procurement to promote further national concerns, which are industrial, social and environmental in their nature. However, these public policies, also known as secondary, collateral or horizontal policies, legitimately pursued by national government, could be in contrast with other national and international legitimate purposes, such as free trade, transparency and fairness. This essay analyzes the taxonomy of what we name horizontal function of public procurement and the way in which brazilian regime of public purchasing is dealing nowadays with these economic, social and environmental secondary (but not less importante) concerns and the limits imposed on the adoption of such policies.

**Key words:** Public procurement. Horizontal policies. Collateral Policies. Secondary Policies. Sustainable Development.

FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. *Politiques horizontales de l'achats publiques*. 2014. 185 f. Thèse (Doctorat). Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 2014.

## RÉSUMÉ

Même si l'objectif primaire de l'embauche administrative soit l'acquisition de biens et de services dans les meilleurs termes possibles, les parties de l'État souvent s'utilisent de leur incontestable pouvoir d'achat afin de promouvoir des questions nationales ailleurs qui sont industrielles, sociales ou environnementales dans sa propre nature. Cependant, ces politiques, aussi connues comme politiques secondaires, collatérales ou horizontales, légitimement poursuivies par les gouvernements nationaux, peuvent être en contraste avec d'autres propos nationaux ou internationaux légitimes, tels que le libre commerce, la transparence et la loyauté. Cette thèse analyse la taxonomie de ce que nous appelons de fonction horizontale de la licitation et de l'embauche administrative, bien comme la manière vers le moyen dont le régime brésilien d'achats publiques se débrouille actuellement avec ces préoccupations secondaires (mais de même importance) économiques, sociales et environnementales, et avec les limites imposés à l'adoption de telles politiques.

**Mots-clés:** achats publiques, politiques horizontales, politiques collatérales, politiques secondaires, développement durable.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1. PRINCIPAIS MARCOS REGULATÓRIOS MUNDIAIS E PANORAMA INTERNACIONAL DAS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS</b> .....	17
1.1. <i>Organismos Internacionais</i> .....	18
1.1.1. <i>Organização das Nações Unidas – ONU</i> .....	18
1.1.2. <i>Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE</i> .....	22
1.1.3. <i>Organização Mundial do Comércio – OMC</i> .....	26
1.1.4. <i>União Europeia</i> .....	29
1.2. <i>A experiência de alguns países</i> .....	41
1.2.1. <i>África do Sul</i> .....	41
1.2.2. <i>China</i> .....	44
1.2.3. <i>Estados Unidos</i> .....	46
<b>CAPÍTULO 2. PANORAMA NACIONAL DA COMPRA PÚBLICA</b> .....	53
2.1. <i>Histórico</i> .....	53
2.1.1. <i>Lei Complementar nº 123/2006</i> .....	62
2.1.2. <i>Lei nº 12.187/2009</i> .....	66
2.1.3. <i>Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01/2010</i> .....	68
2.1.4. <i>Lei nº 12.305/2010</i> .....	69
2.1.5. <i>Lei nº 12.462/2011</i> .....	72
2.1.6. <i>Lei nº 12.349/2010</i> .....	75
2.1.6.1. <i>Desenvolvimento sustentável: a dificuldade mundial de delimitação de um conceito unívoco</i> .....	78
2.2. <i>O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013 – o Projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos</i> .....	86
2.3. <i>Um novo olhar sobre a compra pública</i> .....	90
<b>CAPÍTULO 3. PRINCIPAIS MECANISMOS PARA A CONCREÇÃO DA FUNÇÃO HORIZONTAL DA COMPRA PÚBLICA</b> .....	98
3.1. <i>A fixação de metas quantitativas e de setores prioritários de atuação aos entes públicos para implementação de compras públicas sustentáveis</i> .....	99
3.2. <i>Declarações para reforço de normas de comando e controle</i> .....	103
3.3. <i>A criação de hipóteses de dispensa de licitação</i> .....	105
3.4. <i>A margem de preferência</i> .....	108
3.5. <i>O empate ficto</i> .....	117

3.6. Subcontratação obrigatória .....	120
3.7. Reserva de cotas .....	125
3.8. Licitações exclusivas .....	127
3.9. Compras públicas compartilhadas .....	129
3.10. A exigência de rótulos e certificações .....	132
3.11. A inclusão de cláusula de barreira para impedir a dominação de mercado .....	139
3.12. A inserção de critérios sustentáveis no objeto a ser contratado e/ou nas especificações técnicas .....	147
3.13. Previsão de critérios sustentáveis nas cláusulas de execução do contrato .....	152
3.14. Critérios de julgamento das propostas que levem em conta não apenas aspectos financeiros, mas também sociais, ambientais e econômicos .....	154

#### **CAPÍTULO 4. AS BALIZAS DA FUNÇÃO HORIZONTAL DA COMPRA PÚBLICA.....**

4.1. A função horizontal da compra pública possui o mesmo grau de relevância da função ordinária a ela atribuída .....	157
4.2. Seu exercício pode ser positivo ou negativo.....	159
4.3. Os fins sociais, ambientais e econômicos devem como regra ter relação com o objeto contratado, mas nem sempre isso é possível.....	161
4.4. Tratamento favorecido não implica favoritismo puro e simples ao setor ou ator beneficiado.....	163
4.5. Ainda que não seja o único nem o principal, o preço continua a ser um critério muito relevante na contratação pública .....	165

#### **CONCLUSÃO.....**

#### **REFERÊNCIAS .....**

## INTRODUÇÃO

O poder de compra do Estado é indiscutível. Só no Brasil, estima-se que as compras públicas<sup>1</sup> movimentem o equivalente a 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional<sup>2</sup>.

Para que se tenha uma ideia do poderio estatal na qualidade de consumidor<sup>3</sup>, vale a pena trazer à baila alguns números. As autoridades públicas da Europa, por exemplo, têm um poder de compra de € 2 trilhões de Euros, o equivalente a 17% (dezessete por cento) do PIB de toda a União Europeia, sendo que aproximadamente 75% deste valor é utilizado na compra de materiais de consumo e na contratação de serviços<sup>4</sup>. Já no Brasil, as compras governamentais federais movimentaram R\$ 72,6 bilhões (setenta e dois bilhões e seiscentos milhões de reais) na aquisição de bens e serviços por meio de 231,8 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação.<sup>5</sup>

Como um dos maiores consumidores nacionais, sua ingerência em determinado nicho de mercado pode ser determinante para o desenvolvimento de um dado setor, assim como sua ausência pode gerar seu desfalecimento. Esse poderio indutor (e inibidor) das compras públicas, é claro, não pode passar despercebido e deve ser utilizado de modo eficiente, planejado, com vistas a concretizar objetivos constitucionalmente tracejados.

---

<sup>1</sup>“Compras públicas” é expressão utilizada ao longo de toda a presente tese para designar a licitação e contratação administrativa como um todo, tenham elas por objeto bens, obras ou serviços, isto é, sem denotar somente a aquisição de bens. Essa adoção se dá tanto porque a legislação mais recente já se refere à expressão citada nesses termos, bem como pelo fato de que, em âmbito internacional, essa designação é utilizada de modo majoritário (como “*public procurement*”).

<sup>2</sup>BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mário; MAZON, Rubens (Orgs.). *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. 2. ed. ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade, Secretariado para América Latina e Caribe (LACS), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.iclei.org.br/residuos/wp-content/uploads/2011/08/Compras-p%C3%BAblicas-2a-ed-5a-prova.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

<sup>3</sup>Em estudo realizado em 2002 com mais de 131 países, a Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com vistas à aferição do real tamanho do mercado de compras públicas, apurou que: os países membros da OCDE, em todos os seus níveis de governo, gastam cerca de 19,96% de seu PIB em compras governamentais, sendo que essa porcentagem passa para 14,48% para países não membros daquela organização. Vale ainda destacar que compras públicas realizadas pelos governos estaduais e locais são bem maiores que a dos governos centrais, chegando a ser de duas a três vezes maior que a desses últimos (ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The Size of Government Procurement Markets*. Paris: OECD, 2002).

<sup>4</sup>EUROPEAN COMMISSION. *Environment*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm)>. Acesso em: 23 set. 2011.

<sup>5</sup>MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Compras governamentais*. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-1\\_A\\_12\\_INFORMATIVO%20COMPASNET\\_DadosGerais.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-1_A_12_INFORMATIVO%20COMPASNET_DadosGerais.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2011.

A função horizontal da licitação e da contratação administrativa relaciona-se precisamente com o uso dessa força em prol da consecução de objetivos econômicos, sociais e ambientais. Ela vai além do exercício de atividade regulatória por meio da licitação e da contratação administrativa, e por essa razão não adotamos a denominação “função regulatória” ou “função social” da licitação e da contratação administrativa. Nela, o Estado regula ao mesmo tempo em que atua diretamente no setor (é, portanto, ator e regulador simultaneamente no mercado) e isso traz consequências peculiares ao exercício dessa função. Nela, a Administração Pública molda suas próprias relações microeconômicas tendo em vista a consecução de objetivos macroeconômicos, sociais e ambientais<sup>6</sup>.

Essa função da compra pública<sup>7</sup> como veículo para a implementação de políticas públicas econômicas, sociais e ambientais e para outros fins regulatórios ou não<sup>8</sup>, como dito, há muito é reconhecida na doutrina estrangeira como *collateral policy* (nos Estados Unidos da América) ou como *secondary* ou ainda *horizontal policy* (ambas no âmbito da União Europeia).

---

<sup>6</sup>O uso de poder de compra estatal (“*power of the purse*”) com vistas ao atingimento de interesses de ordem social dá-se, como regra geral, pelo uso direto ou indireto da tributação como um meio de coleta dos ricos para distribuição aos pobres na forma de benefícios assistenciais, ou através da remessa de recursos públicos para o desenvolvimento de certas regiões etc. Em seu livro *Regulation by Contract: The new prerogative* (1979), Daintith faz uma distinção entre a implementação de políticas por meio do uso do *imperium* (como nos casos anteriores), quando o Estado pode, para tanto, valer-se da força e, de outra banda, a concreção dessas pelo uso do *dominium*, quando o Estado usa de sua riqueza e poderio para a implementação de determinadas políticas. O exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa é reflexo dessa implementação de políticas por meio do *dominium* (Apud McCRUDDEN, Christopher. *Buying social justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford University Press, 2007. p. 2).

<sup>7</sup>A concreção em si das finalidades econômicas, sociais e ambientais almejadas dá-se apenas por meio da contratação administrativa, na medida em que a licitação (ou a dispensa dela) é tão somente o veículo para que ela seja levada à cabo. Todavia, falamos na presente tese em função horizontal tanto da licitação como da contratação administrativa porque os mecanismos existentes espraiam-se em ambos. Comentando a inserção da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” ao artigo 3º da lei nº 8.666/1996 como um dos fins da licitação, Marçal Justen Filho afirma que estamos diante de um equívoco lógico, porque não se trata de uma finalidade da licitação propriamente dita, mas de algo a ser promovido por meio das contratações públicas (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p.68). De fato, a licitação é unicamente o processo imposto como regra pela Constituição Federal para que a contratação possa ser realizada, de modo que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sob esse ângulo, é uma consequência prática da contratação e só dela. Mas, como ponderado alhures, o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa dá-se por instrumentos instituídos tanto nas licitações como nos contratos administrativos, de modo que a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos da licitação deve ser compreendida sob esse prisma. Vale aqui a colocação de Joel de Menezes Niebuhr: “licitação e contrato administrativo devem ser apreendidos de forma sistêmica, em conjunto, porque ambos servem para propiciar utilidade à Administração, a fim de que ela satisfaça às expectativas sociais” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 59).

<sup>8</sup>O Governo Federal tem se referido em seus discursos e palestras a respeito de medidas de incentivo à economia nacional em “políticas de agregação de valor”, que têm como objetivo fundamental estimular, em bases competitivas, a indústria nacional a se qualificar e a investir em ampliação de capacidade de oferta para atender a grande demanda de projetos de infraestrutura, compras e estímulos governamentais.

São chamadas pela doutrina estrangeira de políticas secundárias<sup>9</sup>, horizontais ou colaterais da licitação e da contratação administrativa, com vistas a enfatizar que, a par do objetivo imediato da compra pública, que é a obtenção de seu objeto (obra, bem ou serviço almejado pela Administração Pública), há finalidades sociais (justiça social<sup>10</sup>), econômicas (eficiência e desenvolvimento econômico<sup>11</sup>) e ambientais (proteção ambiental<sup>12</sup>) mediatas a serem também perseguidas.

No presente trabalho, políticas públicas (termo que detém a preferência nacional) e as chamadas políticas secundárias, colaterais ou horizontais são tratadas como sinônimos, isto é, como as políticas de cunho econômico, social e ambiental que vão além do objetivo imediato da licitação e da contratação administrativa (aquisição de bens, prestação de serviços, etc.), de forma a garantir não só a boa *performance* contratual, como fomentar setores e atores tidos como relevantes.

O termo “horizontal” é para denotar a específica função que possui a autoridade pública de, a par de promover a satisfação funcional das necessidades públicas (em uma relação vertical entre o licitante e o ente comprador), envolver também objetivos de cunho mais amplo, que perpassam horizontalmente as compras públicas, ligadas à concreção de políticas de cunho ambiental, social ou econômico.

Como veremos, o exercício dessa função horizontal é agora objetivo obrigatório nas contratações públicas brasileiras, as quais passam a abarcá-las abertamente. Daí a necessidade de nos debruçarmos sobre essa questão, verificando as tendências e desafios mundiais a respeito do tema, bem como trazer a questão para o ambiente nacional, dentro da realidade da compra pública no Brasil e o atual estado da legislação existente, estabelecendo os lindes dessa função, seus efeitos (isto é, a alteração que a inserção dessa

---

<sup>9</sup>A expressão “política secundária” das compras públicas, apesar de existente na doutrina internacional, não será utilizada neste trabalho, uma vez que, segundo nos parece, dá a falsa impressão de que essa obrigatoriedade de atendimento pela compra pública de finalidades outras que não a satisfação imediata das necessidades públicas seria menor ou de grau de importância inferior. Entendemos que, se o dever maior do Estado é a busca do bem comum e se o poder de compra estatal é reconhecido como um relevante instrumento econômico para a concreção desse objetivo, a obrigatoriedade da instituição e uso desse veículo tem tanta importância quanto a contratação em si de um dado objeto.

<sup>10</sup>Como veremos, a compra pública social tem como finalidade extraordinária a ser buscada o fomento ao emprego, a manutenção ou aprimoramento das condições laborais, o apoio à economia social, à promoção à igualdade de oportunidades e à acessibilidade.

<sup>11</sup>Nesse caso, as compras públicas visam ao fomento de determinados setores e atores relevantes para a economia, com o crescimento e fortificação das microempresas e empresas de pequeno porte; o desenvolvimento da indústria nacional e o estímulo à inovação tecnológica nacional, dentre outros.

<sup>12</sup>Tratando-se da esfera menos polêmica do desenvolvimento sustentável, as compras públicas verdes ou ambientalmente amigáveis tem por objeto a aquisição de obras, bens ou serviços que em seu ciclo produtivo causam menos danos ao meio ambiente.

finalidade mediata, agora respaldada pelo novo objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, traz ao tradicional conceito de vantajosidade e de isonomia) e as balizas interpretativas desse instituto, bem como os mecanismos para sua (escorreita) implementação. Esses são os objetivos desta tese, que se destina a propor os parâmetros e mecanismos dessa função sob o viés da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” e de seus aspectos ambientais, sociais e econômicos (com grandes e pouco estudadas diferenças entre si<sup>13</sup>).

O exercício dessa função horizontal não é ideia exatamente nova<sup>14</sup>. Ela existe há muito tempo, lastreada na implícita noção de que o Estado tem como dever utilizar de seu poder soberano para a promoção do bem comum. Já era utilizada pelos governos de diversos países para alavancar a economia em tempos de crise (pois não deixam de ser um reflexo da máxima keynesiana de que o Estado deve fomentar o mercado), existia e ainda existe em diversas causas para dispensa de licitação, nas exigências de declarações de não utilização de trabalho de menor, na preferência por empresas nacionais, etc.

A novidade, portanto, é que a introdução de um novo objetivo às compras públicas pátrias, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, gera agora uma *obrigatoriedade* aos entes públicos nacionais de utilizar esse poderio de compra (desse oblíquo instrumento econômico) para a implementação de políticas e concreção de objetivos extraordinários à simples obtenção do bem ou serviço visado pela compra.

Como asseverado por Daniel Ferreira:

Quando assim se der, então se estará diante de uma finalidade (material) adicional, extraordinária, no sentido de satisfação indireta e mediata de outros interesses também reconhecidos como relevantes para o Direito, mas que em nada se confundem com aqueles direta e imediatamente imbricados com o objeto licitado e/ou contratado.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>Seja sob o nome de função regulatória ou social da licitação, a doutrina nacional vai aos poucos tratando desse tema, mas sem traçar-lhe um perfil definido com lindes interpretativos claros e sem amoldá-lo aos aspectos econômicos, sociais e ambientais que ele pode e deve atingir. Não há, ademais, estudo específico e conjunto os mecanismos para sua implementação, de sorte que cada qual aparece estanque, sem sistematização própria.

<sup>14</sup>A possibilidade de utilização das contratações públicas para a obtenção de resultados outros para além do mero suprimento das necessidades públicas foi, por exemplo, reconhecida pelo governo norte americano já em 1933, quando da aprovação do *Buy American Act*, o qual, como resposta à depressão gerada pela famosa crise de 1929 previu o uso das contratações públicas para proteção da produção nacional e promoção de empregos.

<sup>15</sup>FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 35.

Note-se que a questão não é a possibilidade de uso da compra pública para tais fins, mas sim estabelecer o perfil da função horizontal da compra pública no Brasil, como devemos avançar para que esse importante instrumento possa ser utilizado de forma eficiente e clara.

O mundo globalizado, de intensas trocas comerciais e aquisições de bens e serviços de outros países, demanda um novo olhar sobre a licitação e a contratação administrativa, exige que o Brasil acompanhe o que está ocorrendo nas compras públicas dos demais países, a fim de que seja possível introduzir mudanças e fazer adaptações necessárias. O Brasil, como veremos, vai aos poucos inserindo em sua legislação uma série de orientações decorrentes de acordos assumidos nas Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (a ECO 92, a Rio +10 e a Rio +20) e de diretivas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, afinando sua legislação com o que de mais moderno há em termos de contratação pública. Ademais, ainda que não seja signatário (e nem mesmo observador) do Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio – OMC, precisa estabelecer limites transparentes para essa inserção da licitação e da contratação administrativa no âmbito da política macroeconômica brasileira, a fim de garantir o fino equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e sustentável visado e seu lugar ao sol nas trocas comerciais internacionais. Ou seja, é preciso sopesar as metas de livre comércio com preocupações políticas domésticas legítimas<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>A ampliação de medidas fomentadoras possui tênue traço distintivo com o protecionismo e, a depender de como tratada e implementada, pode gerar desigualdades ilegais em âmbito interno, bem como reações adversas de outros países. A União Europeia, por exemplo, atualmente estuda impedir a participação de empresas estrangeiras em licitações de seus países membros se elas forem oriundas de países que pratiquem discriminação contra fornecedores europeus. Na exposição de motivos para proposta referida (proposta 52012PC0124) são feitas as seguintes ponderações: “A UE tem vindo a preconizar, no contexto das negociações sobre a revisão do Acordo sobre Contratos Públicos (ACP), no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) e das negociações bilaterais com países terceiros, uma abertura ambiciosa dos mercados de contratos públicos internacionais. Cerca de 352 milhões de EUR de contratos públicos da UE estão abertos aos proponentes de países membros do Acordo da OMC sobre contratos públicos. No entanto, muitos países terceiros estão relutantes em abrir os seus mercados de contratos públicos à concorrência internacional ou em conceder maior abertura relativamente à já existente. O valor dos contratos atualmente oferecidos aos candidatos estrangeiros é apenas de 178 mil milhões de EUR nos EUA e de 27 mil milhões de EUR no Japão, enquanto na China só uma parte do mercado de contratos públicos está aberto às empresas estrangeiras. Muitos países também adotaram medidas protecionistas, nomeadamente na sequência da crise económica. No total, mais 50% do mercado de contratos públicos mundial encontra-se atualmente encerrada devido a medidas protecionistas e esta percentagem tem tendência para aumentar. Consequentemente, apenas 10 mil milhões de EUR de exportações da UE (0,08% do PIB da UE) penetra efetivamente no mercado mundial de contratos públicos, enquanto cerca de 12 mil milhões de EUR de novas exportações da UE continuam por realizar devido a restrições. Em contrapartida, a UE manteve o seu mercado de contratos público amplamente aberto à concorrência internacional, não obstante a crescente pressão do seu mercado

O Brasil caminha lentamente para uma modernização de sua legislação de compras públicas. Mas ainda há muito a ser feito, como veremos, até pela existência de uma lei geral (a lei nº 8.666/1993) que já não atende às necessidades de uma nova Administração Pública e seus desafios prestacionais positivos cada vez mais complexos.

Nesse contexto, tem-se a questão da inexplorada inserção das licitações e das contratações públicas no âmbito macroeconômico, bem como as dificuldades a serem enfrentadas a fim de que esse novo viés da licitação e da contratação pública não gere subjetivismos e discrepâncias desarrazoadas.

Os riscos de desvirtuamento e abusos não são poucos. Não há dúvidas de que a contratação pública pode e deve servir à finalidades materiais *extraordinárias*, isto é, para além da satisfação meramente imediatas das necessidades estatais. Mas como toda ampliação de horizontes em matéria cujo substrato envolve trocas econômicas, a fixação de limites e regras claras e precisas é árdua, pois os riscos não são desprezíveis.

Diante da inarredável necessidade de ampliação e exercício dessa função (horizontal, secundária ou colateral, qualquer que lhe seja o nome dado) nas contratações públicas, e perante o que estabelece o inciso III do artigo 3º<sup>17</sup> da Constituição Federal, bem como seus artigos 170 e 174<sup>18</sup>, parece claro o dever estatal de empregar o processo licitatório como forma instrumento diretivo da economia, incentivando setores e atores

---

interno e, em especial, das economias emergentes em determinados setores decisivos (caminhos-de-ferro, construção, serviços informáticos). Com exceção de algumas disposições de âmbito limitado relativas aos contratos de fornecimento e de prestação de serviços no setor dos serviços de utilidade pública, a UE não exerceu o seu poder de regular o acesso de bens, serviços e empresas ao seu mercado de contratos públicos. Dada a importância cada vez maior das economias emergentes, a ausência de condições equitativas nos mercados provoca muitos problemas. O principal problema da UE é a falta de meios de pressão nas negociações com os parceiros comerciais internacionais para corrigir o acentuado desequilíbrio existente e obter compromissos sobre o acesso aos mercados para as empresas da UE. Além disso, as entidades adjudicantes precisam de um quadro claro para poder aplicar os compromissos internacionais da UE. A presente iniciativa tem como objetivo resolver estes problemas, em primeiro lugar, através do reforço da posição da União Europeia nas negociações sobre o acesso das suas empresas aos mercados de contratos públicos de países terceiros, a fim de obter a abertura dos mercados dos nossos parceiros comerciais. Em segundo lugar, visa clarificar as disposições que regem o acesso ao mercado de contratos públicos da UE pelas empresas de bens e serviços de países terceiros. Por último, em conformidade com a Estratégia UE 2020, a iniciativa tem por objetivo aumentar as oportunidades de negócio para as empresas da UE à escala global, criando assim novos postos de trabalho e promovendo a inovação". (EUR-Lex. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso de bens e serviços de países terceiros ao mercado interno de contratos públicos da União Europeia e que estabelece os procedimentos de apoio às negociações sobre o acesso de bens e serviços da União Europeia aos mercados de contratos públicos dos países terceiros*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0124:FIN:PT:HTML>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

<sup>17</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

<sup>18</sup>Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

constitucionalmente estabelecidos como prioridades, com vistas à orientação da demanda. A questão é como, sob quais balizas interpretativas para sua correta aplicação e através de que mecanismos irá ou pode vir a fazê-lo.

Partindo, portanto, da premissa de que o interesse público possui mais de uma faceta, que ele pode inclusive referir-se não só à presente coletividade, mas também às futuras gerações<sup>19</sup>, e que sua finalidade transcende a mera imediatividade de satisfação das necessidades prementes da Administração Pública ou de seus presentes administrados, o certame passa a levar em conta outros fatores na tomada de decisão administrativa de contratar, tornando o processo licitatório uma ferramenta também para o desenvolvimento macroeconômico do país<sup>20</sup>.

Desse modo, para analisar a licitação e contratação administrativa como ferramentas para a implementação de políticas públicas e exercício de função extraordinária, isto é, para estudarmos as compras públicas e o exercício da função horizontal que também lhe é ínsita (e de igual importância em relação ao objetivo imediato da compra pública), a presente tese será dividida em quatro capítulos, numa escalada sobre o tema.

No capítulo 1, temos a síntese histórica do reconhecimento mundial da relevância do poder de compra estatal como veículo para a concreção de objetivos sociais, econômicos e ambientais, os quais correspondem ao tripé do desenvolvimento sustentável. Essa constatação, como veremos, leva organismos internacionais a se debruçarem com mais pormenor sobre a questão, estudando essa função horizontal da licitação com vistas a encontrar um equilíbrio que lhes dê legitimidade em cotejo a outros relevantes interesses ligados ao livre comércio, à lealdade e à transparência. No âmbito interno de cada país, por sua vez, tem-se a intensificação no uso dessa ferramenta sob os mais variados matizes.

Passaremos nesse primeiro capítulo, destarte, pelo histórico do uso político da compras governamentais perante conferências da Organização das Nações Unidas; o que existe hoje a respeito de compras públicas na Organização Mundial do Comércio; as propostas feitas pela Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Econômico a respeito do tema. Além disso, nele é trazido sucintamente a previsão desse uso

---

<sup>19</sup>O desenvolvimento sustentável é lastreado em três pilares essenciais: economia viável, socialmente justa e ecologicamente correta. Nos termos do artigo 34 da lei nº 12.852/2013, mais conhecido como Estatuto da Juventude, “o jovem tem direito à sustentabilidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações”.

<sup>20</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

instrumental da compra pública em alguns países (África do Sul, China e Estados Unidos) e na União Europeia, cada qual com suas preocupações e peculiaridades internas a moldarem diferentemente suas licitações e contratações administrativas.

No capítulo 2, o histórico e a situação atual das compras públicas governamentais como instrumento político no Brasil são trazidos à baila. O que existe atualmente na legislação nacional; as dificuldades de implementação das compras públicas sustentáveis em sua inteireza (isto é, levando em conta tanto aspectos econômicos, como ambientais e principalmente sociais); o que vem a ser desenvolvimento nacional sustentável, os impactos desse viés - agora obrigatório - sobre a lei de licitações. Enfim, no capítulo 2 a estrutura normativa nacional da licitação e da contratação administrativa são analisadas com vistas à aferição do que existe atualmente a disposição do administrador para o exercício dessa função horizontal.

O capítulo 3 apresenta os mecanismos disponíveis para que a função horizontal da licitação e da contratação administrativa possa ser exercida, cumulativamente ou não, de modo que, na medida do possível e do razoável, um mesmo certame possa fomentar tanto aspectos sociais, como ambientais e econômicos concomitantemente.

Por fim, partindo de premissas decorrentes dos capítulos anteriores, no Capítulo 4 são propostas balizas interpretativas e mecanismos práticos para o uso lícito e escorreito dessa função.

As balizas interpretativas têm por finalidade viabilizar o uso da função horizontal da compra pública de maneira apropriada, a fim de que ela não se confunda com medidas protecionistas nacionais ou possa dar ensejo a favoritismos e perseguições. Sua utilização, por mais que os critérios e mecanismos para sua atuação possam ser bem objetivos, aumenta o nível de discricionariedade (nunca de arbítrio) do administrador público, que tem agora de buscar o melhor bem ou serviço, pelo melhor preço possível, com vistas a satisfação imediata e mediata da Administração e de seus administrados, a demandar um novo olhar sobre a compra pública e até mesmo sobre a atividade de comprar.

Por fim, na conclusão serão consolidados os entendimentos expostos nos capítulos apresentados.

## **CAPÍTULO 1. PRINCIPAIS MARCOS REGULATÓRIOS MUNDIAIS E PANORAMA INTERNACIONAL DAS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS**

O amplo poderio da compra estatal como instrumento econômico regulador e de reforço dos instrumentos de comando e controle vem sendo utilizado por vários países com vistas à realização de múltiplos interesses econômicos, sociais e ambientais de um lado; e incentivado e delimitado, de outra banda, por organismos internacionais.

É ténue o fio que divisa a utilização da licitação e da contratação administrativa como meio para a implementação legítima de políticas públicas nacionais estabelecidas e seu uso desmedido e despropositado, com grandes impactos sobre o livre comércio, a transparência e a lealdade. Não por outro motivo, tanto no âmbito interno de cada país como em suas relações exteriores, a questão foi trazida à tona.

Embora restringida de certa maneira pela implementação de medidas voltadas à garantia do livre comércio, as compras públicas frequentemente são utilizadas como ferramentas para a implementação de políticas públicas com vistas a estimular a atividade econômica; proteger a indústria nacional, aprimorar a competitividade de certos setores, remediar disparidades regionais, fomentar a criação de empregos, promover o trabalho sob condições dignas, incentivar o uso de mão de obra local como forma de inserção de minorias no meio econômico, proteger o meio ambiente, encorajar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, promover a inserção de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho, estimular o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, etc.

Se por um lado sua utilização é uma forma bastante razoável de o Estado fomentar ou inibir determinados setores e atores relevantes com vistas à consecução de seus objetivos constitucionalmente traçados; por outro sua modulação deve ser finamente planejada, para que a dose das benesses não gere efeitos negativos.

A seguir, veremos como as contratações públicas estão concretizando funções extraordinárias (horizontais, secundárias ou colaterais) segundo diretrizes traçadas por organismos internacionais e como essa realidade se dá em diversos países, bem como a amplitude de seus vieses e finalidades perseguidas. O objetivo, ao trazer essas experiências externas, é termos um panorama das múltiplas facetas encerradas pelo tema, para depois

podermos analisar o que vem ocorrendo no Brasil com olhos mais acurados pela existência de modelos comparativos.

## ***1.1. Organismos Internacionais***

### ***1.1.1. Organização das Nações Unidas – ONU***

Embora o uso da contratação administrativa como veículo para a concreção de políticas não seja ideia nova, como dito, a análise do panorama atual dessa questão, em meio ao ambiente globalizado hoje vivenciado, alterou seus matizes ao longo da história, de modo que não pode deixar de passar por certos marcos regulatórios internacionais referentes ao tema, quais sejam, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (mais conhecida como ECO 92); a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Johannesburg (Rio+10, ocorrida na África do Sul) e, finalmente, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio +20), realizada recentemente aqui no Brasil em 2012.

Essas conferências foram introduzindo a relevância do poder de compra governamental para a promoção da sustentabilidade em seus aspectos social, econômico e ambiental (o famoso tripé da sustentabilidade), criando para aqueles que a aderiram às suas conclusões uma série de obrigações, tenham elas força jurídica efetiva ou não.

É nelas que se vê com clareza a importância do controle não apenas do processo produtivo, mas dos padrões de consumo atuais, bem como se constata a força do poderio consumerista estatal para o incremento de setores e atores, assim como para a inibição de comportamentos nocivos. Ademais, as nações participantes dessas conferências sentem a necessidade de uso cada vez mais intenso não apenas de instrumentos de comando e controle (de caráter mais reativo do que preventivo), mas também de instrumentos econômicos (e a licitação e a contratação administrativa pode ser considerado como um peculiar instrumento econômico) para o alcance de certos objetivos políticos.

Assim, embora a expressão de desenvolvimento sustentável<sup>21</sup> tenha seu nascedouro histórico mais expressivo no famoso *Relatório Brundtland*, como resultado da Conferência

---

<sup>21</sup>O histórico do termo “desenvolvimento sustentável”, as agruras para se encontrar uma definição consensual e a questão nacional da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos a ser perseguido pela licitação e contratação administrativa serão tratadas em item próprio.

sobre Meio Ambiente Humano realizada em 1972 em Estocolmo e, com isso, tenha instaurado internacionalmente a percepção da influência dos padrões de produção e consumo sobre o meio ambiente e a sociedade, é apenas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro (também denominada ECO 92 ou Rio 92) que tais noções se consolidaram. Especificamente no tocante à relevância do poder de compra estatal, foi nessa conferência que 190 (cento e noventa) países assinaram um documento denominado Agenda 21 Global, que traz de modo expresso em seu item 4.23 essa questão.

A Agenda 21 é um protocolo de intenções que sedimenta um programa aos Estados signatários para, dentre outras medidas, a alteração dos padrões de produção e consumo com vistas ao alcance do desenvolvimento sustentável. Ela consolida os princípios expressos na chamada Declaração do Rio (composta de 27 princípios), que proclama em seu oitavo mandamento que “para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas”<sup>22</sup>.

No capítulo 4 da Agenda 21 Global, temos a proposta de medidas a serem tomadas com vistas à alteração dos padrões consumeristas, e lá se encontra a sugestão do exercício da liderança por meio das aquisições governamentais, isto é, o uso da compra governamental como modelo indutor ou inibidor de comportamentos e decisões.

Estabelece a letra “d” e o item 4.23. da Agenda 21 Global<sup>23</sup> que:

(d) *Exercício da liderança por meio das aquisições pelos Governos*

4.23. Os próprios Governos também desempenham um papel no consumo, especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público. Consequentemente, esses Governos devem examinar as políticas de aquisição de suas agências e departamentos de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o aspecto ecológico de suas políticas de aquisição, sem prejuízo dos princípios do comércio internacional.

---

<sup>22</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2014.

<sup>23</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21 Global*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

Todavia, a Agenda 21 Global, apesar de sua importância incontestável em especial quanto ao viés ambiental do desenvolvimento sustentável, não tem valor jurídico cogente, de modo que seus ditames não possuem caráter obrigatório. Isso ensejou com que cada país signatário desse documento adotasse as medidas nele sugeridas conforme e quando lhe conviessem, o que levou à constatação em 2002, na chamada Rio + 10, de que a maioria dos governos ainda não havia implementado políticas mais efetivas no que se refere à mudança de padrões de produção e consumo<sup>24</sup>.

A Rio+10 - ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (em inglês, *Earth Summit 2002*) - foi um fórum de discussão das Nações Unidas realizado entre os dias 26 de agosto e 4 de setembro de 2002, em Johannesburgo, África do Sul, em que foram analisadas as evoluções ocorridas desde a ECO-92, com um balanço dos aspectos positivos e negativos alcançados até então.

Na ocasião, percebeu-se a inocuidade das sugestões contidas na Agenda 21 Global, o que gerou então a criação do chamado Plano de Johannesburgo (*Johannesburg Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*), que propôs a elaboração de um conjunto de programas com duração de 10 (dez) anos (o chamado *10-Year Framework Program – 10YFP*) para suporte e aceleração das iniciativas nacionais nas mudanças dos padrões de produção e consumo mediante o desenvolvimento de instrumentos e metodologias em apoio a essas<sup>25</sup>.

O 10 YFP foi conduzido no bojo da Organização das Nações Unidas pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA juntamente com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU (UNDESA) em um processo lançado em 2003 (com duração até 2011) e que ficou conhecido como o Processo de Marrakesh.

Esse processo foi sedimentado por meio da criação de forças-tarefas lideradas de forma voluntária por governos nacionais (as denominadas *Marrakesh Task Forces*) para atuação em sete áreas, sendo que uma delas, conduzida pela Suíça, dedicou-se exclusivamente às compras públicas sustentáveis.

---

<sup>24</sup>MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Plano de ação para a produção e consumo sustentáveis*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2011. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

<sup>25</sup>Os itens 15 e 19 do terceiro capítulo do referido plano trazem a previsão da criação desses programas estruturais com dez anos de duração e a necessidade de que questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável sejam levadas em conta pelas autoridades de todos os níveis em suas compras públicas.

A metodologia adotada no Processo de Marrakesh para as Compras Públicas Sustentáveis, resumidamente, buscou introduzir um processo para sua concreção em sede nacional, dando diretrizes genéricas que pudessem ser seguidas pelos diversos países com vistas à implementação efetiva da compra pública com esse novo viés.

Basicamente, o passo a passo da metodologia proposta consiste em: uma avaliação do estado atual das compras governamentais num dado país; a verificação do que há em termos de legislação local sobre o tema licitação e contratação administrativa, seguida da análise da real situação do mercado. Depois desses passos, se fixa uma política de compras públicas sustentáveis, com a capacitação dos envolvidos e a implementação da política em si.

O 10YFP foi aprovado na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável em 2012 (na Rio + 20). Seu documento final, intitulado “*The future we want*”<sup>26</sup> assinala em seu parágrafo 226 que:

226. Adotamos o planejamento de 10 anos de programação (10YFP) sobre o consumo e produção sustentáveis (SCP), como consta do documento A/CONF.216/5, e destacamos que os programas incluídos nos 10YFP têm um caráter facultativo. Convidamos a Assembleia Geral das Nações Unidas em sua 67ª Sessão, a designar um organismo das Nações Unidas composto por Estados-Membros para tomar as medidas necessárias a operacionalizar plenamente o quadro (tradução livre).

Com isso, os países participantes da Rio + 20 mais uma vez anuíram quanto ao legítimo uso das compras públicas sustentáveis, bem como quanto à necessidade de sua implementação. É interessante notar que até pela polêmica do tema, que passa por preocupações protecionistas e os lindes da soberania de cada Estado, a questão das compras públicas sustentáveis ficou em segundo plano na Rio + 20, e a assunção de obrigações por parte dos Estados dela participantes, como visto, restou bem mitigada, de índole apenas voluntária.

No entanto, o que se vê é que, apesar de a sustentabilidade envolver o tripé econômico, social e ambiental, é apenas quanto a esse último que se tem uma aceitação mundial mais uníssona, embora nem mesmo aí, como veremos, o tema esteja pacificado<sup>27</sup>. No caso de medidas econômicas e sociais, contudo, existe ainda uma certa suspeita de que

---

<sup>26</sup>Este e outros parágrafos de texto em inglês ao longo da presente tese foram objeto de livre tradução pela autora.

<sup>27</sup>Esse tópico será enfrentado com mais pormenor no Capítulo 2, ao tratarmos do termo desenvolvimento sustentável.

seu uso pode transbordar para um protecionismo disfarçado e discriminatório, violando as regras do livre comércio.

De todo modo, desde a ECO 92 temos o ingresso indiscutível do poder de compra governamental na pauta de debates internacionais, com a assimilação inequívoca de que se trata de instrumento válido de que podem se valer os países em suas políticas governamentais internas, mas cujos meios de implantação ainda demandam estudos mais aprofundados para que haja certa padronização global.

### ***1.1.2. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE***

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é um organismo internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados do mundo que atuam em regime de economia de mercado. Ela tem se dedicado com afinco ao estudo da licitação e da contratação administrativa, tanto em razão da ampla gama de impactos que elas podem trazer ao desenvolvimento social, econômico e ambiental dos países (com a expansão possível da economia, do emprego e do progresso e qualidade de vida de seus países membros), bem como pelos reflexos ao livre comércio e à transparência das contratações.

Desde seu estabelecimento em 1961, a questão da regulação dos contratos públicos foi considerada um tema de relevância para a OCDE, razão pela qual estudos específicos a respeito do tema foram realizados desde 1962, dirigindo-se a dois aspectos primordiais: a investigação das práticas domésticas existentes e a confrontação entre elas, e a possibilidade de submissão de casos à OCDE em caso de discussão entre os membros sobre a lisura desses procedimentos<sup>28</sup>.

Na verdade, a OCDE não teve sequer tempo de realizar os trabalhos de pesquisas devidos quando a primeira demanda bateu à sua porta. Já em outubro de 1962 o governo belga dirigiu a ela uma reclamação em face dos Estados Unidos da América acerca do “*Buying American Act*” de 1933. Seu estopim foram algumas medidas do Departamento de Defesa norte-americano, que em Agosto de 1962 alterou a política então adotada para compras estatais, aumentando a faixa percentual de 6% e 12% destinadas a licitantes domésticos, tendo sido ainda determinado pelo Secretário da Defesa que a documentação relativa a aquisição de produtos estrangeiros fosse submetida à seu exame pessoal.

---

<sup>28</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 184.

A questão foi então submetida a um grupo de trabalho do Comitê de Comércio da OCDE. Na ocasião, os Estados Unidos responderam à reclamação feita, basicamente alegando que a medida fora tomada para solucionar problemas em sua balança de pagamentos, esclarecendo, ademais, que sua lei lhe permitia fazer certames exclusivamente dirigidos a pequenos negócios, que poderia rejeitar quaisquer ofertas de materiais por motivos de segurança ou, ainda, que não fossem consistentes com o interesse público, mas que essas exceções adicionais não tem sido fatores importantes que tivessem o condão de limitar o uso pelo governo norte americano de bens importados<sup>29</sup>. O procedimento do Departamento de Defesa teria, portanto, se dado em decorrência desse último fator exceptivo.

Essa resposta ensejou a adesão do Reino Unido ao debate, com sua união à tese belga, trazendo outras várias medidas restritivas norte-americanas. O grupo de trabalho reportou ao Comitê de Comércio a conclusão de seus estudos sobre o tema em julho de 1964, expressando sua preocupação com o aumento da margem de preferência, bem como com a incerteza criada pelos procedimentos do Departamento de Defesa. Lamentaram ainda que os Estados Unidos fizesse uso de medidas restritivas ao comércio como um instrumento de auxílio a seus problemas com a balança de pagamento, sem preocupar-se com os impactos dessa medida ao comércio. Essas conclusões, todavia, não foram aceitas com unanimidade, e a reclamação acabou findando apenas no comprometimento de revisão geral dos procedimentos de compras públicas em todos os países membros, ou seja, inocuaente.

Desse modo, voltou-se o grupo de trabalho para seus estudos originais e, a partir de então, limitou-os a duas bases: a análise seria realizada nos países membros tão somente quanto aos procedimentos de compras públicas dos governos centrais e agências e, ademais, restrito à aquisição de bens, excluindo-se os serviços e obras.

O grupo de trabalho apurou, no tocante à concessão de preferências dadas e condutas adotadas nos certames, a existência de sete temas de particular relevância a serem apreciados: trabalho prisional e produtos de pessoas com deficiência (adotados, por exemplo, pela Itália e Dinamarca); defesa nacional (ex.: Canadá, Dinamarca, Suíça, Estados Unidos); desenvolvimento regional ou setorial (ex.: França, Alemanha, Grécia, Itália, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos); fomento do emprego e melhora da situação econômica (ex.: Bélgica, Canadá, Luxemburgo, Estados Unidos); busca pelo equilíbrio na balança de pagamento (ex.: Canadá, Reino Unido, Estados Unidos); a imposição de obrigação de prévia investigação da disponibilidade de bens domésticos para atendimento

---

<sup>29</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 187.

da demanda (Canadá, Alemanha, Grécia, Noruega, Estados Unidos); a previsão de preferências a produtos e fornecedores domésticos sob algumas circunstâncias, tais como artistas e cooperativas (Áustria, Irlanda, Itália, Noruega, Estados Unidos) e, por fim, a existência de preferências expressas em percentagens específicas (Canadá, Alemanha, Grécia, Noruega, Estados Unidos)<sup>30</sup>.

Preferências dadas pelos países para trabalho prisional ou de pessoas com deficiência não foram considerados de relevância significativa para o comércio internacional, razão pela qual foram considerados legítimos. Considerações sobre saúde, segurança e etc. também seria legítimos, desde que dentro do estritamente necessário ao atingimento dos objetivos em questão. No tocante a preferências dadas para o desenvolvimento de regiões ou setores, ou ainda a determinadas categorias de pessoas, o grupo de trabalho considerou que o uso da compra pública não seria melhor alternativa nesse caso, e que os Estados deveriam procurar outros veículos para essa finalidade, de modo que a competitividade fosse fomentada. Considerações ligadas ao fomento do emprego, preferências por produtos domésticos e uso da compra pública para equilíbrio da balança de pagamento foram rejeitados, entendendo-se que tais condutas poderiam levar à adoção desses mesmos procedimentos em outros países, afetando a competitividade.

Essas conclusões circularam pelas delegações no início de 1966 e os oito tópicos outrora existentes foram agrupados em três, sob outras denominações: considerações ligadas à segurança nacional, saúde e ordem pública; considerações gerais de natureza econômica e social e, por fim, questões ligadas a problemas econômicos e financeiros. Com base nesses três itens, o grupo de trabalho deveria formular proposta capaz de promover a competição internacional e limitar a discriminação.

As preferências de ordem econômica e social, que nos são especificamente relevantes para a presente tese, foram tratadas separadamente, pois havia o senso comum de que elas têm relações com a política governamental de cada país, transcendendo a estrita questão das compras públicas, razão pela qual o grupo de trabalho não expressou opinião final a respeito. Com efeito, foram sugeridas pelas delegações, na ocasião, três tipos de parâmetros para análise dessa temática: a primeira proposta sugeria a realização de uma distinção entre preferências de caráter permanente e as temporárias. Essas últimas seriam legítimas e as de caráter permanente, de sua banda, só poderiam ser instituídas quando relativas a setores de relevância reduzida para o comércio internacional. Outras

---

<sup>30</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 197.

delegações propuseram a seguinte distinção: entre preferências que implicariam discriminação para com produtos e fornecedores estrangeiros apenas e preferências dadas a alguns setores e atores que implicariam discriminação que afetasse não apenas produtos e fornecedores estrangeiros, mas também os nacionais. Nesse último caso, a preferência seria legítima, pois as consequências negativas sofridas pelos não beneficiados seriam iguais, fossem eles nacionais ou não. Já uma terceira linha defendia a análise caso a caso para aferição da legitimidade ou não da preferência outorgada.

Em 1966, foi então editada publicação<sup>31</sup> consolidando o estudo levado à cabo<sup>32</sup>, concluindo-se que os procedimentos em cada país eram variados e que haviam medidas de exigência de cumprimento da legislação fiscal e social ou mesmo determinações para a garantia da execução do contrato que não poderia ser consideradas excessivas ou discriminatórias. Ademais, considerou-se que não seria razoável condenar as práticas existentes em diversos países de instituir preferências, privilégios e prioridades a certas categorias de ofertantes por razões de interesse nacional ou econômico, regional ou de política social, mas que essas práticas não deveriam ser deixadas ao arbítrio das autoridades ou serem discriminatórias em relação ao não beneficiários ou aos licitantes estrangeiros. Disse o relatório que:

Seria irrazoável condenar essas práticas como um todo, e é normal para os governos usarem o poder econômico representado pela compra oficial para manutenção de certos objetivos de suas políticas gerais. Por outro lado, parece legítimo questionar que essas práticas não devem ser deixadas à escolha arbitrária das autoridades de compras e não devem, por qualquer modo, serem proibitivas em relação aos não privilegiados ou aos ofertantes estrangeiros. Por essa razão, é desejável que elas sejam canalizadas sob certas linhas que não poderiam ser alteradas pela tão só discricionariedade das autoridades de compras, bem como poderiam ser em certa extensão harmonizadas internacionalmente<sup>33</sup>.

Em linhas gerais, concluiu o relatório que a necessidade de abolição das discriminações de fato e de direito não poderia se limitar a ressaltar a aplicabilidade do

---

<sup>31</sup>ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Government Purchasing in Europe, North American and Japan: Regulations and Procedures*, 1966.

<sup>32</sup>Apenas para exemplificar, eis algumas constatações feitas no relatório de 1966: na Alemanha Ocidental, licitantes de diversos gêneros faziam jus a preferências de preços: refugiados da zona soviética, vítimas de perseguições, deficientes físicos, pessoas ou empresas na área periférica da Alemanha e na Berlim oriental, etc. Na Itália, uma parte das compras estatais foram direcionadas a bens produzidos na região sul italiana, nas ilhas ou pela Agência Nacional pelo Trabalho. Na França, preferências eram dadas a alguns tipos de ofertantes franceses, como produtores de cooperativas e agricultores; no Reino Unido, preferências podiam ser concedidas a firmas situadas em áreas de desenvolvimento e no norte da Irlanda; na Finlândia, (McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 191).

<sup>33</sup>ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Government Purchasing in Europe, North American and Japan: Regulations and Procedures*, cit.

princípio da não discriminação também aos contratos públicos em geral, mas que deveriam ensinar a harmonização das legislações nacionais, na medida em que qualquer tentativa de assegurar condições justas de competição na seara dos contratos públicos terá de lidar com essas práticas, que não são anunciadas ou mesmo definidas com clareza. Em outras palavras, sem um acordo de natureza geral traçando certos limites e procedimentos, todas essas políticas de cada país seriam deixadas ao arbítrio.

No final de 1967, o Secretariado da OCDE foi instado a preparar uma espécie de guia de compras públicas, o qual foi estruturado em quatro partes elementares: a primeira foi no sentido da obrigatoriedade de observância nas compras públicas do princípio da não discriminação contra produtos e fornecedores internacionais. Com base nesse princípio geral, a segunda parte estruturou procedimentos a serem seguidos a fim de assegurar que o processo de compras fosse aberto, transparente e não discriminatório (não houve consenso sobre o que a proibição de discriminação abarcaria, todavia). A terceira parte estabeleceu derrogações (de caráter temporário) e exceções (permanentes) ao princípio da não discriminação e a quarta tratou de estabelecer parâmetros para que a contratação fosse julgada de modo objetivo. Mais uma vez não houve consenso, em especial quanto às derrogações ou exceções aceitáveis<sup>34</sup>.

Os estudos e tentativas continuaram e evoluíram e, por fim, com a adesão dos países membros da OCDE a tratados internacionais e acordos regionais relativos a compras públicas, não se tem mais uma diretriz específica dessa entidade a respeito do tema. Em dezembro de 1976, a OCDE transmitiu ao GATT, dada a proximidade da Rodada de Tóquio, um documento detalhado os resultados de todos esses anos de análise da questão (*Draft Instrument on Government Purchasing Policies*), o qual influenciou no Acordo de Compras Públicas lá celebrado e que será tratado no item seguinte.

### ***1.1.3. Organização Mundial do Comércio – OMC***

Não há como falar em função horizontal ou colateral da licitação e da contratação administrativa sem que questionamentos acerca da legitimidade desse uso político de relações comerciais em prol do fomento de interesses nacionais sejam cotejados com os regramentos estabelecidos com vistas à proteção do livre comércio.

---

<sup>34</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 209.

As compras governamentais, na verdade, foram originalmente excluídas do âmbito da aplicação das regras multilaterais de abertura de mercado. No âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio negociados em 1947, os contratos públicos foram expressamente excluídos de sua incidência<sup>35</sup>.

Todavia, a relevância das compras públicas no sistema de comércio multilateral (dado o peso que representam no Produto Interno Bruto - PIB dos países, que varia entre 10 e 15 %) levou gradativamente à inserção desse setor às regras do comércio internacional.

Na chamada Rodada de Tóquio temos o primeiro acordo sobre contratos públicos, assinado em 1979 (com entrada em vigor em 1981) e mais tarde alterado em 1987 (as mudanças entraram em vigor em 1988).

O acordo previa em seu artigo II a igualdade de tratamento entre os produtos e serviços produzidos domesticamente e aqueles originados de outros países participantes do acordo; estabelecia um tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento (artigo III), permitindo que esses países excluíssem fundamentadamente do âmbito de incidência certos produtos e serviços da regra geral de isonomia estabelecida no artigo II; previa a possibilidade de que, uma vez solicitados, países desenvolvidos prestassem assistência técnica aos países em desenvolvimento para resolver problemas na área de compras governamentais. Seu artigo IV determinara, ainda, que as especificações técnicas não poderiam restringir o comércio internacional nem criar quaisquer tipos de obstáculos desnecessários a ele, e nos artigos seguintes foram previstas questões gerais do procedimento licitatório, de modo a garantir amplo acesso ao certame, bem como sua transparência.

O artigo 8º trouxe como exceções ao acordo as compras relativas à segurança nacional ou com propósitos de defesa e para casos em que os países tenham de estabelecer restrições ao comércio internacional com vistas à proteção da moralidade pública, à ordem, à segurança, à saúde humana, da fauna e da flora, à propriedade intelectual ou as relativas a produtos de deficientes físicos, de entidades filantrópicas ou decorrentes de labor prisional.

---

<sup>35</sup>A exclusão referida está prevista tanto no item 8 do artigo 3 como no item 2 do artigo 17, ambos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947. WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. *The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

Na Rodada do Uruguai, as partes do Acordo realizaram novas negociações para estender a cobertura do acordo para os contratos públicos<sup>36</sup>, mas foi apenas em 15 de abril de 1994 que restou assinado em Marrakesh um Acordo sobre Contratos Públicos (*Government Procurement Agreement – GPA*), com entrada em vigor em 1996<sup>37</sup>.

Em linhas gerais, o GPA tem como princípios basilares a não discriminação, a transparência e o acesso aos mercados. Suas determinações precipuamente repetem o que já estava previsto nas Rodadas de Tóquio e do Uruguai e voltam-se igualmente à vedação de especificações técnicas que criem obstáculos ao acesso de licitantes estrangeiros (artigo VI), à necessidade de clareza quanto aos procedimentos adotados para que esse livre acesso seja viável (artigos VII, VIII, IX, XII, XVII, XVIII, XIX), à importância da competitividade (artigo X). É, ademais, incidente apenas a contratos públicos a partir de determinado valor (artigo II), prevê hipóteses em que o procedimento seletivo pode não ocorrer (artigo XV) e nele é permitido que países em desenvolvimento possam excluir certas entidades, produtos ou serviços dos termos do Acordo, o que deve ser negociado com os outros participantes de acordo com as particularidades de cada caso (artigo V).

No tocante às exceções ao Acordo (artigo XXIII), esse estabelece sua não incidência (desde que não constituam um meio arbitrário e injustificável para a discriminação entre países ou uma forma disfarçada de restrição ao livre comércio) nas seguintes hipóteses: quando necessário à proteção da moral pública, à ordem ou segurança, à vida humana, animal ou vegetal, à saúde ou propriedade intelectual, ou ainda relativo a produtos e serviços prestados por pessoas deficientes, por instituições filantrópicas ou relativas a trabalho prisional. Ou seja, são repetidas as mesmas hipóteses excludentes previstas desde a Rodada de Tóquio.

O acordo em questão tem natureza plurilateral (e não multilateral) e nem todos os membros da Organização Mundial do Comércio a ele são obrigados. Atualmente, o Brasil

---

<sup>36</sup>O Acordo de Compras Governamentais realizado na Rodada do Uruguai praticamente repete o que já havia sido estabelecido na Rodada de Tóquio, e essas previsões são replicadas no Acordo sobre Contratos Públicos que entrou em vigor em 1996 e rege a questão na atualidade.

<sup>37</sup>Segundo o item 7 do artigo 24 do Acordo sobre Compras Governamentais de 1994, sua implementação e operação deve ser revista anualmente, tendo então sido prevista a revisão de seu texto no prazo de 03 anos a partir de 1994. Por essa razão, em fevereiro de 1997 foram iniciados os trabalhos para revisão do texto existente, mas tão somente em 2011 restou decidido pela cúpula ministerial a revisão dos termos desse acordo, o que foi confirmado política e formalmente apenas em março de 2012, com a redação de um novo texto que ainda não entrou efetivamente em vigor (WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. *General overview of WTO work on government procurement*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/overview\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014).

Vale a pena mencionar que os estudos hodiernos para a nova redação do Acordo de Compras Públicas passam a diferenciar os países em desenvolvimento em dois grupos: países menos desenvolvidos e demais países em desenvolvimento, modulando o tratamento favorecido já nesses novos termos.

não é signatário e nem mesmo detém a qualidade de observador, razão pela qual se pode afirmar que os termos desse acordo não o vinculam. Participam atualmente do Acordo sobre Contratos Públicos: Armênia, Canadá, União Europeia (com todos os seus países membros), Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Coreia, Liechtenstein, Aruba, Noruega, Cingapura, Suíça, Taiwan e Estados Unidos.

Ora, a inegável abertura textual do artigo XXIII do Acordo pode ensejar atos protecionistas disfarçados e praticamente justifica a não incidência do acordo em contratos públicos em que seus governos participantes entendam cabível a limitação ao livre comércio, sob o argumento da busca do bem comum dentro daqueles parâmetros.

Contudo, se abre espaço para desvios pela amplitude da redação (o que é uma tônica dos textos internacionais, diga-se), o artigo também denota a importância, de outra banda, de dar certo espaço aos países para a utilização política das compras governamentais como importante veículo regulatório de que dispõem as nações soberanas. O desafio, destarte, é o garantir o equilíbrio entre esses fatores.

#### ***1.1.4. União Europeia***

A vivência europeia a respeito do tema centra-se primordialmente nos limites da discricionariedade de cada país membro em fazer uso de seu poder de compra estatal; na possibilidade de uma legislação supranacional cercear esse uso; e em como, considerando legítima sua instituição, garantir a transparência, a lealdade e o livre comércio entre países. Deveras, não se discute a existência e a importância desse poderio, mas até que ponto ele pode ir e como deve ser equilibrado com os objetivos da União.

Os contratos públicos são, uma vez superados determinados valores e excetuadas algumas hipóteses<sup>38</sup>, regulados por meio de dois instrumentos normativos emanados do Parlamento Europeu e do Conselho: as Diretivas 17 e 18, ambas 31 de março de 2004. Nelas há específicas referências à possibilidade de inclusão de considerações sociais e ambientais no processo de contratação pública, mas sempre com a preocupação de assegurar os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade, da transparência e da concorrência efetiva para a adjudicação dos contratos públicos.

---

<sup>38</sup>O artigo 16 da Diretiva 2004/17/EC estabelece sua aplicabilidade aos contratos cujo valor estimado do Imposto sobre Valor Acrescentado (IVA) seja igual ou superior a: 499.000 EUR, para os contratos de fornecimentos e de serviços, e 6.242.000 EUR para os contratos de empreitadas de obras. Já na Diretiva 2004/18/EC, os valores mínimos para sua aplicabilidade estão previstos nos artigos 7º e 8º.

O que se nota da leitura dos referidos instrumentos normativos é que os princípios neles consagrados coincidem com aqueles almejados nas relações entre particulares, mas que são necessárias disposições peculiares aos contratos públicos, justamente para que haja uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais e esclareçam os lindes das políticas sociais, ambientais e econômicas internas de cada país podem ir.

Em linhas gerais, a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, tem como objetivo maior assegurar a competitividade, a transparência e a lealdade dos certames, ressalvando que isso não impede a imposição ou a aplicação das medidas necessárias à proteção da ordem, da moralidade, da segurança, da saúde e da vida humana e animal ou à preservação da vida vegetal, especialmente do ponto de vista do desenvolvimento sustentável, desde que tais medidas estejam em conformidade com o Tratado<sup>39</sup>.

O mesmo preâmbulo estabelece que “o emprego e o trabalho constituem elementos essenciais para garantir a igualdade de oportunidades para todos e contribuem para a inserção na sociedade”, de sorte oficinas e programas que promovam a inserção ou reinserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho podem gozar de benefícios nos processos de adjudicação de contratos, uma vez que não estão aptas a obterem contratos em condições de concorrência normais.<sup>40</sup> Ademais, com vistas a favorecer o acesso das pequenas e médias empresas nas licitações públicas, alude à conveniência de dispor nos certames sobre a possibilidade de subcontratação do objeto para execução por essas.<sup>41</sup> Ainda, como reforço de normas de comando e controle, é enfatizada a possibilidade de inserção de critérios de exclusão dos certames de empresas que tenham participado numa organização criminosa ou que tenham sido condenados por corrupção ou fraude lesivas dos interesses financeiros das Comunidades Europeias ou por lavagem de dinheiro<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup>É o que dispõe o item 13 das considerações preambulares da diretiva em comento. Previsão semelhante encontra-se no item 6 do preâmbulo da Diretiva 2004/18/CE. Mas é no item 5 da Diretiva 2004/18/CE em que resta clara a possibilidade dada para que entidades adjudicantes poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem para os seus contratos a melhor relação qualidade/preço.

<sup>40</sup>Item 39 do preâmbulo da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004. Semelhante previsão está no item 28 das considerações preambulares da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>41</sup>Item 43 do preâmbulo da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004. Idêntica previsão consta do item 32 da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>42</sup>Item 54 do preâmbulo da Diretiva 2004/17/CE e item 43 do preâmbulo da Diretiva 2004/18/CE.

No preâmbulo da Diretiva 2004/18/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de sua banda, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, constam as mesmas previsões, e tem-se inclusive a constatação de como as autoridades contratantes “...podem contribuir para a proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável, enquanto asseguram a possibilidade de obtenção do melhor preço por seus contratos”.

Os critérios para a adjudicação do contrato devem ser objetivos, transparentes e que permitam a apreciação das propostas em condições de concorrência efetiva. Podem ser unicamente de dois tipos: o preço mais baixo e a proposta economicamente mais vantajosa.

O menor preço não apresenta grandes dificuldades: dentro do que for estabelecido na especificação técnica e desde que cumpridas as exigências relativas à execução contratual, será vencedor o proponente que ofertar o preço mais baixo.

Todavia, quando as entidades adjudicantes decidirem pela contratação da proposta economicamente mais vantajosa, temos a inserção da relação qualidade/preço conforme critérios econômicos e qualitativos que devem apresentar objetividade suficiente, em seu conjunto, a depender do objeto do contrato.

Diz o §4º do item 46 do preâmbulo da Diretiva 2004/18/EC que:

Para assegurar a igualdade de tratamento, os critérios de adjudicação devem permitir comparar as propostas e avaliá-las de forma objetiva. Se essas condições estiverem preenchidas, a aplicação de critérios de adjudicação econômicos e qualitativos, tais como o que dizem respeito à satisfação dos requisitos ambientais, poderá permitir à entidade adjudicante dar resposta às necessidades da entidade pública em causa, tal como expressa nas especificações do contrato. Nestas mesmas condições, uma entidade adjudicante poderá utilizar critérios que visem satisfazer exigências sociais, nomeadamente que respondam às necessidades – definidas nas especificações do contrato – designadamente de categorias da população particularmente desfavorecidas a que pertençam os beneficiários/utentes das obras, fornecimentos e serviços que são objeto do contrato.

Note-se a aceitação da função horizontal da licitação e da contratação administrativa, adotando-se a possibilidade de inserção de exigências de *performance* e especificações de cunho ambiental, social e de favorecimento econômico de agentes mais fracos (como as microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo). Não resta dúvida de que a União Europeia consolidou o entendimento de que seus membros possuem

liberdade para, desde que mediante critérios claros, objetivos e não discriminatórios, condicionarem a contratação ao cumprimento de objetivos extraordinários. Mas esse condicionamento, como veremos, não é ilimitado.

É válido, para tanto, trazermos à baila o famoso julgado do *Concordia Bus Finland v. Kelsingin Kaupunki (Processo C-513/99)*, apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Basicamente, foi lançado em 1997 um certame para a celebração de um contrato de aquisição de serviços de transporte público municipal para a cidade de Helsinque. Como critério de adjudicação, adotou-se o da proposta economicamente mais vantajosa, que deveria ser avaliada da seguinte forma: o preço total pretendido pela exploração, somada à avaliação da qualidade dos veículos, assim como a gestão da qualidade e do ambiente. A estes critérios se somava outro, que permitia um acréscimo adicional de pontos à proposta cujas emissões de óxido de azoto fossem inferiores a 4g/kWh ou que apresentassem um nível sonoro inferior a 77db.

A entidade adjudicante adjudicou o contrato à empresa HKL-Bussiliikenne (doravante, HKL), o que levou a que um dos concorrentes, designadamente, a Concordia Bus Finland Oy Ab (doravante, Concordia) requeresse a anulação da decisão. Ao concurso concorreram oito propostas, sendo que a empresa Concordia ficou classificada em segundo lugar, logo a seguir de sua oponente vencedora, a HKL.

O ponto fulcral deste litígio reside no facto de que a HKL, provavelmente, só foi vencedora pelo critério adicional supramencionado, na medida em que: a HKL obteve um total de 92.69 pontos, incluindo nestes a majoração máxima extra devido às emissões inferiores aos limites, nos termos já mencionados; a Concordia, em termos globais, obteve entre 86 e 88 pontos (visto estarem duas propostas em causa), não obtendo nenhum ponto adicional. Ambas as propostas obtiveram a pontuação máxima pelos certificados relativos à qualidade e ao ambiente, embora só a proposta da Concordia tivesse sido considerada a proposta menos dispendiosa. Acrescente-se que, a única empresa capaz de apresentar os veículos de acordo com o critério adicional de pontos era a HKL, tendo sido por isso, a única a receber a pontuação extra prevista no edital.

Ao solicitar a anulação da decisão a empresa *Concordia Bus* reivindicou como argumentos: a- atribuição de pontos adicionais a um material cujas emissões de óxido de azoto e de nível sonoro são inferiores a certos limites seria discriminatória; b- os pontos

adicionais foram atribuídos pela utilização de um tipo de veículo que apenas um concorrente, a HKL, tinha, na realidade, a possibilidade de fornecer.

Neste sentido, coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia a resolução das seguintes questões:

1) Pode num concurso para a exploração de um serviço de veículos urbanos, levar em consideração critérios ecológicos para determinar o que será a proposta economicamente mais vantajosa?

2) É proibida a atribuição de pontos adicionais pela verificação do cumprimento quanto ao que a entidade adjudicante estabelecia, relativamente às emissões de óxido de azoto ou nível sonoro?

3) A resposta é a mesma se, capaz de cumprir os termos expostos para a obtenção dos pontos adicionais, existir apenas uma empresa no mercado ou, raras empresas conseguirem cumprir esses termos?

De forma inovadora e numa vertente de preocupação ambiental, o Tribunal concordou com a entidade adjudicante, respondendo afirmativamente à primeira questão, defendendo a possibilidade de existência de fatores ambientais como base para aferição da proposta economicamente mais vantajosa. Considerando, por isso, admissível o recurso ao nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos veículos na medida em que eram critérios relacionados com o objeto que se visava contratar.

Respondendo afirmativamente também à segunda questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia vem, ao contrário do que aconteceu quanto à primeira pergunta, colocar certos limites, determinando que, se é possível o recurso a critérios adicionais de pontos, esses critérios e fatores ambientais estarão sempre sujeitos a certos limites: a- devem estar relacionados com o objeto do contrato<sup>43</sup>; b- não confirmam à entidade contratante uma liberdade de escolha incondicional (um arbítrio); c- que haja sua previsão expressa no

---

<sup>43</sup>No processo *Wienstrom* (Processo C-448/01), o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que, num certame para fornecimento de energia, um critério unicamente relacionado com a quantidade de energia produzida a partir de fontes renováveis para além do consume esperado da entidade adjudicante não poderia ser considerado como ligado ao objeto do contrato. Para que essa ligação efetivamente existisse, a quantidade de eletricidade produzida a partir de fontes renováveis devia referir-se apenas à eletricidade efetivamente fornecida à entidade adjudicante. Tanto o processo *Wienstrom* como o *Concordia Bus* dizem respeito a critérios ambientais de adjudicação, mas os princípios derivados desses acórdãos podem ser aplicados também, com as devidas adaptações, aos critérios sociais de adjudicação (*Apud* COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social*: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos. União Europeia, 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/publications>>. Acesso em: 07 jul. 2014).

caderno de encargos (edital) e, por fim, d- que respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.

Cabe destacar nesse ponto o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia, que inclusive inovou ao entender perfeitamente admissível a adoção de critérios não exclusivamente financeiros de interesse coletivo no julgamento das licitações públicas e não apenas em caso de empate de uma ou mais propostas financeiras como até há pouco tempo se defendia na Comissão Europeia<sup>44</sup>.

O problema reside, todavia, no que se pode entender por critérios claros, objetivos e não discriminatórios. Até que ponto a exigência de determinada faixa mínima de salário a ser paga aos trabalhadores da proponente pode constituir um entrave à livre concorrência<sup>45</sup>? A instituição de previsão dando premência à contratação de trabalhadores locais com vistas ao fomento do emprego num determinado país membro pode ser considerada lícita ou tem cunho de protecionismo doméstico? Uma proposta pode ser considerada economicamente mais vantajosa se, para atender a específicos critérios ambientais, for muito mais cara que outra? A vagueza das previsões (necessárias em todos os textos internacionais, como vimos) pode dar ensejo a dúvidas de todo gênero quanto aos limites de liberdade para o uso extraordinário da contratação pública, a ensejar a análise

---

<sup>44</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 37, p. 95-118, 2006.

<sup>45</sup>O *Processo Dirk Rüffert versus Land Niedersachsen* (Processo C-346/06) do Tribunal de Justiça da União Europeia é emblemático nesse ponto. Havia uma lei em Niedersachsen (o Território da Baixa Saxônia) relativa à adjudicação de contratos públicos que determinava, entre outros aspectos, que os contratos de obras públicas só poderiam ser adjudicados a contratantes que se comprometessem por escrito a pagar aos seus empregados, pelo menos, a remuneração estipulada pelo acordo coletivo (regional) aplicável, denominado *Tarif*. O contratante também se comprometia a impor essa mesma obrigação às empresas subcontratadas e a verificar seu cumprimento por essas, e o não cumprimento dessa obrigação desencadeava o pagamento de uma penalização contratual. Ocorre que, no bojo de um contrato celebrado entre o estado federado da Baixa Saxônia e a empresa *Objekt und Bauregie* (O&B) para a construção da prisão de *Götting-Rosdorf*, constatou-se que a empresa contratada havia subcontratado um empresa polaca, de sorte que havia 53 trabalhadores nos estaleiros cujos salários representavam apenas 46,57% do mínimo aplicável segundo o acordo coletivo em vigor. Face a essa ilegalidade, o estado federado da Baixa Saxônia rescindiu o contrato e aplicou a penalidade contratual prevista, o que levou a contratada a ingressar na justiça alemã questionando o recebimento da sanção. Diante do impasse na justiça alemã quanto à legalidade ou não da disposição contratual que previa uma penalidade contratual (embora tenham condenado a empresa contratada e o subempreiteiro a pagarem a indenização prevista), o tribunal regional alemão transferiu a questão para o TJUE para uma decisão preliminar sobre a interpretação dos aspectos do direito da EU relevantes para este processo. O TJUE então afirmou que o acordo coletivo não tinha sido declarado como universalmente aplicável (embora a Alemanha tivesse um sistema para declarar os acordos coletivos como de aplicação universal) e abrangia apenas parte do setor da contratação, uma vez que a lei que tornava vinculativo o acordo coletivo relativo aos trabalhos de “Construção de obras públicas” só se aplicava aos contratos públicos e não a contratos privados. O Tribunal de Justiça da União Europeia evocou o “princípio da livre prestação de serviços”, baseando-se no artigo 49 do Tratado que proíbe qualquer restrição a essa liberdade. O salário mínimo estabelecido por uma convenção setorial constituiria, portanto, uma restrição a essa liberdade. (COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.).

caso a caso. As Diretivas autorizam a compra pública sustentável (seja qual for seu viés), e a eventual violação aos princípios comunitários para ser de aferição casuística.

Por outro lado, não se pode deixar de constatar que a existência de valores mínimos para a incidência das diretivas referidas e seus regramentos anti-discriminatórios não deixam de implicar, de certa forma, uma “carta branca” para que nos contratos públicos abaixo desses valores preocupações domésticas sociais, ambientais e econômicas possam ser tratadas com mais liberdade. É em geral nesses contratos de menor monta que temos as medidas mais audaciosas dos países membros com vistas ao cumprimento da função horizontal da compra pública<sup>46</sup>, sem que com isso tenhamos arbítrio por parte da autoridade contratante.

A França, por exemplo, incluiu metas de compras verdes em sua Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável criada em 2003 e seguida por um Plano Nacional de Ação para as Compras Públicas Sustentáveis e lastreia-se na noção de “Estado exemplar”, isto é, na ideia de que se espera que o Estado (aí entendidas todas as entidades públicas em geral) mostre o caminho a seguir no sentido do desenvolvimento sustentável<sup>47</sup>. A Holanda desde 1990 estabeleceu que 100% de suas licitações deveriam dar preferência a aspectos ambientais e sociais no prazo de dez anos, sendo o quantitativo de 50% para os governos locais holandeses, no prazo mais prolongado de doze anos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup>As diretivas da União Europeia não tratam em qualquer de seus dispositivos, por exemplo, sobre as chamadas compras éticas, isto é, sobre as compras públicas realizadas com a observância a padrões éticos na contratação, de molde a garantir a observância de direitos humanos e sociais durante toda a cadeia produtiva do objeto contratado. Na verdade, questiona-se até mesmo a legalidade da inclusão do comércio justo nas compras públicas, visto que os padrões éticos não tem relação direta com as características visíveis ou o funcionamento dos produtos a serem adquiridos, mas com as condições humanas e laborais com que foram produzidos. Relacionam-se com questões anteriores da cadeia produtiva desses bens e que normalmente não repercutem nas características ou no funcionamento do produto final. Desse modo, ainda que os contratantes possam exigir o cumprimento das convenções básicas da Organização Internacional do Trabalho- OIT (como a declaração de que a licitante não utiliza mão de obra infantil, por exemplo), não há clareza a respeito da possibilidade de sua instituição dada a ausência de previsão legal a respeito. O fato é que cumprir a legislação trabalhista e observar os direitos humanos deveria ser fomentado, porque a concorrência com quem não arca com sua observância é absolutamente desleal em termos de preço final. Diante desse vácuo, é apenas nas licitações cujos valores não são abrangidos pelas Diretivas que se têm experiências pioneiras sobre o tema, com a criação de selos de comércio justo (exigindo que à qualidade do produto una-se a avaliação quanto às condições de sua manufaturização). A cidade de Bonn, por exemplo, utiliza critérios especiais de adjudicação para comprar café de comércio justo para seu próprio consumo. Ademais, lá os cidadãos podem comprar o “*Bonn Coffee*”: um café certificado de comércio justo que só se vende em Bonn. Do mesmo modo, a cidade de Bilbao também incluiu produtos do comércio justo nas cestas de Natal dadas a seus funcionários, visto que as especificações técnicas para adquiri-los assim o exigiu. (EUROCITIES. *Guía Carpe de compra responsable: ciudades europeas por el consumo responsable*. Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt\\_licitacoes/publicacoes/CARPE\\_guia\\_de\\_compra\\_responsable.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/CARPE_guia_de_compra_responsable.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2014).

<sup>47</sup>COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.

<sup>48</sup>BETIOL, Luciana Stocco et al. *Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012. p. 37.

No Reino Unido, o Grupo de Ação para a Adjudicação de Contratos Públicos Sustentáveis (*Sustainable Procurement Task Force – SPTF*) publicou seu Plano de Ação em 2006, recomendando um processo comercial para a adjudicação de contratos públicos sustentáveis com ações em seis áreas e ofereceu duas ferramentas para sua viabilização: a metodologia do estabelecimento de prioridades e o enquadramento flexível:

A Metodologia do Estabelecimento de Prioridades é uma abordagem baseada nos riscos que ajuda as organizações a centrarem seus esforços e recursos de forma adequada. Em vez de usarem apenas dados relacionados com as despesas, o método permite às organizações terem em conta o risco ambiental e socioeconômico, o potencial que têm para influenciar os fornecedores e o âmbito real da melhoria da sustentabilidade. O Enquadramento Flexível foi concebido de forma a ajudar as organizações a entenderem os passos necessários (ao nível organizacional e processual) para melhorar a prática da adjudicação de contratos públicos e fazer da adjudicação de contratos públicos sustentável uma realidade<sup>49</sup>.

Além desses, são muitos os países e hipóteses em que a função horizontal da compra pública é exercida, ficando nítido inclusive o fato de que possui o mesmo grau de relevância da função ordinária da compra estatal<sup>50</sup>.

A seguir são colacionados alguns poucos dos muitos<sup>51</sup> exemplos<sup>5253</sup> paradigmáticos de medidas tomadas pelos países membros para que suas contratações atinjam objetivos

---

<sup>49</sup>COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.

<sup>50</sup>A questão da igualdade de relevância entre o fim ordinário da compra pública e a exercício da função horizontal da licitação será tratada no Capítulo 3, ao serem estabelecidas as balizas interpretativas para a concreção dessa última.

<sup>51</sup>A Comissão Europeia colaciona dezenas de exemplos de compras verdes em seu sítio eletrônico: eletricidade de fontes renováveis nos prédios públicos da cidade alemã Bremen; a paradigmática municipalidade de Amaroussion, na Grécia, que aprovou um programa geral de compras públicas verdes; a compra de equipamentos de tecnologia da informação ambientalmente amigáveis em Estocolmo, na Suécia; a construção de prédio sustentável pelo governo belga na cidade de Leuven; a integração dos serviços energéticos nos prédios públicos italianos realizada pela Agência Nacional de Compras; a compra de bancos sustentáveis para as ruas de Cognac, na França; a iluminação eficiente das pontes de Budapeste; a compra de ambulâncias a base de biogás em Estocolmo; uniformes produzidos com critérios sustentáveis e com respeito às normas da Organização Internacional do Trabalho da Marinha francesa; a aquisição de refeições orgânicas para as escolas em *East Ayrshire Council*, na Escócia; o reuso da água na Suécia; a criação de selos verdes oficiais relativos a produtos de limpeza pela municipalidade de Esbjerg, na Dinamarca; a compra de carros híbridos pela Administração Pública da cidade de Ljubljana, na Eslovênia, etc (EUROPEAN COMMISSION. *GPP in practice*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/gpp.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2014).

<sup>52</sup>EUROCITIES. *Guia Carpe de compra responsable: ciudades europeas por el consumo responsable*, cit.

<sup>53</sup>Os contratos públicos socialmente responsáveis ou as compras sociais, por sua vez, também vão crescendo numericamente. Eis alguns exemplos: a lei *Stanca*, na Itália, torna obrigatório que todos os websites públicos sejam acessíveis; na Suécia, contratos de construção adjudicados pela Administração das Estradas sueca incluem uma cláusula que impõe aos contratantes a obrigação de cumprirem determinadas convenções básicas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para a execução desses. Essa mesma cláusula exige que o contratante cumpra determinados requisitos de comunicação concebidos para verificar que os bens e produtos utilizados na execução do contrato foram produzidos num ambiente seguro. No

sociais, ambientais e econômicos: o código de práticas de obras públicas de Paris, a iluminação em Sevilha e Caiscais; a nova Brigada de Incêndio de Londres; as compras socialmente responsáveis inglesas; os investimentos verdes em Latvia para cumprimento das metas estabelecidas no protocolo de Kyoto; a compra de mobiliário sustentável pelo governo basco.

Com efeito, as empresas que participam de licitações perante a cidade de Paris estão obrigadas a adotar um código de conduta na fase de admissibilidade. Entre outras coisas, o referido Código de Práticas de Obras Públicas de Paris estabelece medidas ambientais a serem adotadas para a execução das obras, tais como a proteção das árvores, a obrigatória gestão ambiental dos recursos utilizados, a proteção do ruído e a formação técnica de operários quanto às determinações contidas no código. A prefeitura de Paris criou uma comissão técnica para acompanhamento e atualização do código. Seu descumprimento pode levar à rescisão do contrato, bem como à proibição para licitar com a cidade. Nos primeiros anos de funcionamento do código as ofertas incluíam custos adicionais em razão de sua observância de forma proporcional ao custo do contrato, mas isso vem diminuindo gradativamente e restou reduzido o número de acidentes e reclamações sobre as obras públicas desde então.

Na cidade de Sevilha, as compras verdes foram utilizadas como instrumentos para a implementação de políticas de economia energética na cidade. Através da instalação de lâmpadas de baixo consumo nos prédios e nas vias públicas e também da instalação de lâmpadas do tipo LED (*light emitting diodes*) em todos os semáforos da cidade, os custos da compra tendem a ser amortizados ao longo do tempo pela economia com os gastos em eletricidade.

Também na cidade de Caiscais, em Portugal, a iluminação das ruas está sendo substituída por lâmpadas de LED, o que implica um alto custo inicial de implementação de curto prazo, mas uma compensadora economia monetária e energética no longo prazo. No caso, antes da elaboração do edital, fornecedores de lâmpadas LED participaram de

---

Reino Unido, a *Transport for London* (TfL) criou em 2004 criou um programa de cinco anos para financiar projetos de construção em alta escala em Londres e, nos contratos públicos relativos, a igualdade e a inclusão foram consideradas como estando no cerne desse programa. Em Paris, na França, o departamento de vestuário da Câmara Municipal de Paris – responsável por 300.000 artigos de vestuário e 300 encomendas por ano - incluiu aspectos sociais, além dos ambientais, em suas aquisições. Eles solicitam a seus fornecedores que assinem uma declaração mediante a qual se comprometem a respeitar direitos fundamentais no trabalho, sujeitando-se, ainda, à verificação por parte de um organismo independente designado pela Câmara e que ponham em prática as recomendações e verificando seus resultados (*Apud* COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.).

reuniões (cerca de onze) com representantes dos departamentos ambientais e de compras, bem como com a agência de energia local. Essas empresas forneceram uma gama de informações sobre as características ambientais dos produtos, bem como sobre oportunidade para o aprimoramento e inovação sustentável nesse setor<sup>54</sup>. Foram então inseridas especificações técnicas ambientais, foi exigido o cumprimento pelo fornecedores das normas da Organização Internacional do Trabalho ao longo de toda a cadeia produtiva, e foi levado em conta o ciclo de vida do produto para pontuação<sup>55</sup>.

Em 2006, a necessidade de uma nova Brigada de Incêndio para a cidade de Londres foi identificada (*The New Harold Hill Station*). A partir de então, iniciou-se o processo de seleção da melhor proposta, tendo como objeto contratual o design e a construção da nova Estação Harold Hill, incorporando modificações que promovessem a economia de energia e de água e o aproveitamento da estrutura já existente. Como resultado final, ao custo de quase dois milhões e oitocentos e quarenta mil euros, cerca de oitenta por cento da estrutura básica do prédio original foi reutilizada na construção final, os ruídos foram contingenciados para que não atrapalhassem a vizinhança, e uma série de tecnologias para a redução do impacto ambiental foram adotadas: agora é possível a reciclagem de água da chuva; há painéis solares que produzem eletricidade, “boilers” que captam e seguram a energia, sensores de movimento permitem a economia de energia, etc.

Entre 1983 e 1989, a prefeitura londrina estabeleceu uma política de contratação visando à comprovação do cumprimento da legislação em prol da igualdade (que trata do fomento em empresas para composição igualitária de pessoal em questões de gênero, pertencimento étnico e deficiências físicas ou mentais, bem como o pagamento de salários equitativos e gestão de recursos humanos não discriminatória). Foi criado um departamento especial (*Ethnic Minority Employment Stakeholder Group*) para gerir essa política e fez-se um programa de assistência para as empresas que não cumpriam a legislação sobre igualdade. No início, o número de empresas que efetivamente davam cumprimento à legislação era mínimo, mas esse panorama foi modificando aos poucos e o número de empresas que passou a utilizar formulários não discriminatórios para oferta de trabalho cresceu de 1,3% para 44,7% (apud *UK Government Cabinet Office. Ethnic Minorities and the Labour Market: final report*, p. 122).

---

<sup>54</sup>Como podemos ver, o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa em tempos hodiernos segue a tendência a uma administração consertada, que debate e participa com o particular com vistas à correta modulação do objeto do contrato ao máximo atendimento do interesse público correspondente.

<sup>55</sup>EUROPEAN COMMISSION. *GPP in practice*, cit.

Mais tarde, em 2007, a Inglaterra editou o “*Gender Duty*” (com base na lei inglesa para igualdade de 2006) e determinou o dever de igualdade entre os gêneros no setor público, ampliando a questão. Como seu reflexo, em fevereiro de 2006 foram publicadas orientações sobre a promoção da igualdade entre os gêneros na adjudicação dos contratos do setor público com vistas à promoção na seara pública de boas práticas em relação à diversidade e à igualdade de salários entre os contratantes<sup>56</sup>.

O Ministério do Meio Ambiente da Latvia, por sua vez, possui cerca de cinquenta milhões de euros por ano para renovar suas emissões de gases tal como determinado no protocolo de Kyoto e, para tanto, criou cerca de dez projetos em que incluiu especificações técnicas com exigências de cunho ambiental, como criou cláusulas de *performance* para a execução esmerada dessas compras verdes. Ademais, estabeleceu em seus editais pontuações específicas para determinados itens ambientalmente desejáveis. O resultado foi o desenvolvimento de complexas e inovadoras soluções por parte dos concorrentes, atingindo o objetivo almejado e indo além, a partir do fomento de alternativas ecoeficientes.

Outro exemplo é a compra de mobiliário sustentável pelo governo basco<sup>57</sup>, focada na produção sustentável, no uso de materiais recicláveis e na possibilidade de reciclagem do produto final. Levou também em conta a padronização das peças e sua ergonomia e durabilidade, bem como a facilidade de limpeza por produtos que não fossem solventes orgânicos. No caso desse certame, quatro empresas cumpriram todas as especificações técnicas. Foram previstas pontuações extras para as propostas cuja produção levasse em conta todo o ciclo de vida do produto e para aquelas que tivessem declarações de produtos ambientais. Das quatro que ainda estavam na disputa, três apresentaram todos os documentos necessários para o recebimento das pontuações extras e, a partir de então, o critério aplicado para a escolha da proposta economicamente mais vantajosa foi o menor preço.

Nas diretivas acima citadas, como vimos, a função horizontal da compra pública pode aparecer em dois momentos: na inserção desses critérios nas especificações técnicas<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup>COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social*: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos, cit.

<sup>57</sup>Trata-se de apenas uma das iniciativas do governo do País Basco para incorporação de critérios sociais, ambientais e outros critérios relativos a políticas públicas em seus contratos. Ele emitiu uma instrução sobre a incorporação de critérios sociais, econômicos e ambientais nas compras públicas, de forma a incluir nas especificações técnicas as demandas dessa índole.

<sup>58</sup>Vale a pena transcrever a redação do item 42 do Preâmbulo a respeito do tema: “as especificações técnicas definidas pelos adquirentes devem permitir a abertura dos concursos públicos à concorrência. Para o efeito, deve possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam diversidade nas soluções técnicas. Neste sentido, as especificações técnicas devem poder ser estabelecidas em termos de desempenho e de requisitos

ou no momento da execução do contrato<sup>59</sup>, desde que venham devidamente indicadas no edital do certame (em seu anúncio ou no caderno de encargos) e não tenham natureza discriminatória (o que configuraria a antítese da almejada isonomia material perseguida). Nos certames não abrangidos pelas diretivas, a função horizontal é exercida pelos mesmos veículos, mas com mais ousadia, podendo ir além.

Deveras, tomando por base o julgado acima do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o *Concordia Bus Finland v. Kelsingin Kaupunki (Processo C-513/99)*, temos como um dos limites estabelecidos à inserção de critérios sustentáveis a necessidade de pertinência lógica entre sua instituição e o objeto a ser contratado. Todavia, especialmente em se tratando de compras sociais (aqui também incluídas, como espécies, as compras éticas, com toda a sua preocupação não só com os atos do contratado, mas de toda a cadeia produtiva dos produtos) essa correlação lógica, tão clara na parte ambiental, nem sempre existe<sup>60</sup>, gerando ao administrador público uma certa insegurança quanto à licitude ou não de sua instituição.

---

funcionais (grifo nosso) e, em caso de referência à norma europeia – ou, na ausência desta, à norma nacional -, as propostas baseadas em soluções equivalentes que respondam às exigências das entidades adjudicantes e sejam equivalentes em termos de segurança deverão também ser consideradas pelas entidades adjudicantes. Para demonstrar a equivalência, os proponentes devem poder utilizar qualquer meio de prova. As entidades adjudicantes devem poder fundamentar qualquer decisão que determine a não existência da equivalência num determinado caso. As entidades adjudicantes que pretendam estabelecer requisitos ambientais como especificações técnicas de um determinado contrato poderão definir as características ambientais, tal como um determinado método de produção, e/ou os efeitos ambientais específicos dos grupos de produtos ou serviços. Poderão, embora não sendo obrigadas a fazê-lo, utilizar as especificações adequadas definidas em rótulos ecológicos, como o rótulo ecológico europeu, os rótulos ecológicos (pluri) nacionais ou quaisquer outros rótulos ecológicos, se os requisitos para o rótulo forem elaborados e se adotados a partir de informações assente em bases científicas, através de um processo em que as partes interessadas, os organismos governamentais, os consumidores, os fabricantes, os distribuidores e as organizações ambientais possam participar se o rótulo for acessível e estiver à disposição de todas as partes interessadas. Sempre que possível, ao estabelecerem as especificações, as entidades adjudicantes deverão ter em conta critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou a concepção para todos os utilizadores. Essas especificações técnicas deverão ser claramente indicadas, de modo a que todos os proponentes tenham pleno conhecimento dos requisitos estabelecidos pelas entidades adjudicantes”. Redação idêntica consta no item 29 do preâmbulo da Diretiva 2004/18/EC.

<sup>59</sup>Eis a redação do item 44: “As condições de execução dos contratos serão compatíveis com a presente diretiva desde que tais condições não sejam direta ou indiretamente discriminatórias e venham indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos. Podem, nomeadamente, ter por objetivo fomentar a formação profissional prática, o emprego de pessoas com dificuldades especiais de inserção, a luta contra o desemprego ou a proteção do ambiente. A título de exemplo, poderão citar-se, entre outras, as obrigações – aplicáveis à execução do contrato – de recrutamento de desempregados há muito tempo nessa situação ou de pôr em prática ações de formação para os desempregados ou os jovens, de respeitar, na sua substância, as disposições convencionais fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, caso não tenham sido implementadas no direito nacional, ou de recrutamento de um número de pessoas deficientes superior ao exigido pela legislação nacional”. Igual previsão consta do item 33 da Diretiva 2004/18/EC.

<sup>60</sup>No processo *Beentjes*, por exemplo, em acórdão de 20 de setembro de 1988, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que uma condição que exigisse o emprego de desempregados há muito nessa situação não tinha qualquer relação com adequabilidade dos proponentes com base nas respectivas situações econômicas e financeiras e nos respectivos conhecimentos técnicos e aptidões (COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social*: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos, cit.).

## ***1.2. A experiência de alguns países***

A seguir, arrolamos as vivências de alguns países sobre o uso da compra pública como uma ferramenta política com vistas ao desenvolvimento econômico, social e ambiental de cada Estado. A seleção foi feita tendo em conta algumas peculiaridades de cada um<sup>61</sup>.

No caso sul africano, a função horizontal da licitação e da contratação administrativa foi alçada ao nível de dispositivo constitucional e seu uso tem sido relevantíssimo para reequilibrar o desbalanceamento causado por anos de desigualdade histórica.

A China, de sua banda, por sua trajetória de economia planificada que vai paulatinamente se abrindo ao mercado internacional, inseriu a compra pública (de natureza tipicamente microeconômica) no planejamento estatal *ab initio*, com gradual abertura à concorrência. Ou seja, tem-se certa coordenação da compra pública (e não propriamente a compra pública inserida no planejamento macroeconômico na busca de desenvolvimento econômico, social e ambiental); ela é substituída pela concorrência, mas o viés legislativo dado à matéria ainda é eminentemente protecionista.

A experiência americana é trazida principalmente em razão de sua pujança econômica, que deixa claro o poder indutivo da compra estatal e, em especial, pelo uso contundente da função horizontal da licitação e da contratação administrativa em tempos de crise, bem como a interessante relação entre o atingimento de vários direitos sociais dos trabalhadores por meio da inserção de sua obrigatória observância nas compras públicas.

### ***1.2.1. África do Sul***

A história sul-africana é marcada pela existência de grandes disparidades de direitos e deveres outorgados a certos grupos e indivíduos. O fato é que, até 1994, as compras estatais favoreciam os já grandes e estabilizados negócios, tornando muito difícil o ingresso de novos e pequenos concorrentes. Os licitantes eram declarados vencedores dos certames basicamente em razão do preço ofertado, e apenas quando constatado que o licitante apresentava alto risco de não cumprir o objeto do contrato, seja por não possuir a

---

<sup>61</sup>Os países escolhidos apresentam ampla gama de questões a respeito da função horizontal da compra pública. Nessa tese serão apresentados apenas os aspectos que nos parecem mais relevantes para o estudo do tema.

necessária experiência ou capacidade econômica para tanto, é que outro licitante era chamado a contratar com o ente público.

É apenas em 1994, quando entra em vigor a Constituição da República da África do Sul de 1993 (na seção 187 do Capítulo 13), mais tarde substituída pela hoje vigente Constituição de 1996 (na seção 217 do Capítulo 13), que o critério preço perde parte de seu espaço para outros critérios voltados aos aspectos econômico e social, e as compras públicas ganham status constitucional, sendo que apenas na presente carta magna elas foram reconhecidas como uma ferramenta política para correção de distorções ou desigualdades, ou ainda como um meio para incrementar grupos vulneráveis na sociedade. O preço continua sendo um fator determinante, mas deixa de ser o único fator decisivo da contratação administrativa<sup>62</sup>.

Diz a seção 217 da Constituição da República da África do Sul que:

“Subseção 1 - quando um órgão do estado das esferas nacional, provincial ou local de governo, ou qualquer outra instituição identificada na legislação nacional contrata bens ou serviços, isso deve ser feito de acordo com um sistema que seja justo, isonômico, transparente, competitivo e com economicidade.

Subseção 2 – a subseção 1 não inibe que os órgãos do estado ou instituições referidas nesta subseção implementem uma política de compras públicas para:

a- Categorias preferenciais na alocação dos contratos;

b- Proteção ou incremento de pessoas, ou categoria de pessoas em desvantagem em razão de injusta discriminação.

Subseção 3 – a legislação nacional deve prescrever uma estrutura por meio da qual a política referida na subseção 2 deva ser implementada”<sup>63</sup>

Lastreada na ideia de igualdade não apenas formal, mas também material, o governo sul africano considerou que não bastaria a mera extensão de direitos a todos, isto é, a criação de padrões normativos formalmente isonômicos para que as discrepâncias econômicas e sociais decorrentes desse passado de discriminações tivessem fim, fazendo-se necessária uma reparação pela situação de desigualdade daí advinda.

É sob esse enfoque que temos na África do Sul um dos mais fortes exemplos de uso da licitação e da contratação administrativa como instrumento para a implementação de

<sup>62</sup>BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa. *Journal of Public Procurement*, v. 6, n. 3, p. 193-217, 2006.

<sup>63</sup>SOUTH AFRICA. *Constitution of the Republic of South Africa* [No. 108 of 1996]. Disponível em: <[http://www.saflii.org/za/legis/num\\_act/cotrosa1996423/](http://www.saflii.org/za/legis/num_act/cotrosa1996423/)>.

políticas públicas, mediante a ascensão a nível constitucional das chamadas compras afirmativas, preferenciais ou direcionadas (*affirmative procurement, preferential procurement ou target procurement*).

Na seção 217 da constituição sul-africana são estabelecidos os cinco pilares que devem nortear a contratação administrativa (a saber: a justiça, a isonomia, a transparência, a competitividade e a economicidade) logo na Subseção 1, para logo em seguida ser expressado o reconhecimento de que esses pilares não impedem a instituição de políticas públicas no bojo dessas contratações, viabilizando a outorga de preferência a certas pessoas ou grupo de pessoas.

No caso sul africano, para cumprimento do quanto determinado na Subseção 3 da Seção 217 acima transcrita, tem-se, em fevereiro de 2000, a entrada em vigor do *Preferential Procurement Framework Act*, que instituiu um sistema de pontuação aos licitantes, variável segundo o valor do contrato envolvido.

Em linhas gerais, de 100 pontos possíveis, tem-se a proporção de 80/20 para contratos de valor menor (acima de 30.000 rands e abaixo de 500.000 rands), sendo 80 (oitenta) os pontos creditados ao quesito menor preço e 20 (vinte) para o cumprimento de objetivos específicos por parte do licitante, tais como a contratação com pessoas ou categoria de pessoas historicamente em desvantagem em decorrência de discriminações de raça, gênero ou deficiência; a promoção de empresas sul africanas, a promoção de micro e pequenas empresas; a criação de novos postos de trabalho ou a intensificação da absorção de mão de obra; a promoção de empresas localizadas em área rurais; etc. Nessa mesma toada, temos a proporção minorada de 90/10 quanto à pontuação outorgada ao cumprimento de políticas públicas para contratos de maior valor, isto é, acima de 500.000 rands<sup>64</sup>.

Nota-se que o preço remanesce como importantíssimo critério e a pontuação dada para os licitantes que preenchem os objetivos específicos previstos na legislação ainda é tímida. Contudo, a relevância da África do Sul quanto ao uso das compras públicas como instrumentos para a implementação de políticas refere-se, principalmente, ao nível constitucional dado à questão, bem como o reconhecimento da legitimidade de tais medidas como ferramentas para o balanceamento de desigualdades econômicas e sociais decorrentes da história pretérita sul-africana.

---

<sup>64</sup>SOUTH AFRICA. *Preferential Procurement Policy Framework* [Act 5 of 2000], section 17.

### 1.2.2. China

Para compreender as compras públicas na China é preciso ter em mente que a existência de um procedimento seletivo para a escolha de bens, obras ou serviços a serem contratados por entes públicos é fenômeno típico de economias de mercado, isto é, de economias que admitem a concorrência entre particulares.

Desse modo, não havia na China a figura da concorrência durante o período da economia planificada: os bens, serviços e obras eram alocados segundo termos fixados num plano central. Em outras palavras, havia coordenação e não competição para a realização de compras públicas.

É apenas a partir da reforma de 1978 que o planejamento centralizado vai cedendo gradativamente espaço às forças do mercado, num árduo processo de “desplanificação”, que começa no final da década de 70 e avança até o início dos anos 90. Falar, portanto, em licitação e contratação administrativa na China é se referir a algo relativamente novo para aquele país e é com essa premissa que a situação atual chinesa deve ser analisada.

De acordo com a *Chinese Legislation Law* de 15 de março de 2000 (lei que estabeleceu a hierarquia das normas no sistema legal chinês), temos a Constituição China no topo da pirâmide, seguida pelas legislações primária e secundária. O terceiro nível normativo refere-se a ordenanças e regulações administrativas oriundas do Conselho de Estado, seguido das regulações e medidas ministeriais e da legislação local.

Em meio a esse cipoal normativo, a partir dos anos 80, temos a explosão de regulamentos sobre compras públicas oriundos das mais diversas autoridades, inicialmente mais sobre a procedimentalização do sistema competitivo do que sobre a compra pública em si<sup>65</sup>. As normas existentes, portanto, refletem a necessidade de estabelecimento de como realizar compras públicas em regime concorrencial (uma novidade, dada a realidade histórica vivida pela China).

Temos, assim, duas leis primárias sobre compras públicas: a chamada *Tendering Law* de 1999 (que se refere tanto às compras de ordem pública como privada) e a *Government Procurement Law* de 2002. A primeira não dá uma definição clara do que venha a se considerar como compra pública, nem seu campo de incidência, ao passo que *Government Procurement Law*, de seu turno, estabelece uma conceituação bastante

---

<sup>65</sup>WANG, Ping; ZHANG, Xinglin. *Chinese public procurement law: na introductory textbook*. EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010.

restrita do que venha a se considerar como tal, basicamente considerando a compra pública como a contratação das obras, bens e serviços listados catálogos ou relativas a certas agências governamentais.

Esse impasse de regramentos de mesmo nível primário – com uma imensa gama de zonas cinzentas – cria dificuldades práticas em virtude dos conflitos entre as referidas leis (isso para não mencionar os múltiplos regramentos ministeriais e locais, o que resulta na fragmentação da estrutura legal referente às compras públicas), ocasionando insegurança jurídica nessa seara e criando mais um obstáculo ao acesso de empresas estrangeiras ao mercado público chinês. Ou seja: a ausência de uma base legal comum gera um excesso incerto, manipulador e inconsistente de regulamentos<sup>66</sup> que é resultado de anos de história econômica planificada e burocrática.

No tocante à implementação de políticas públicas por meio da contratação administrativa, esse histórico evolutivo chinês da planificação para a competitividade traz uma peculiar nota: o caminho para a compra pública chinesa é, de certa forma, o reverso do ocorrido nos demais países citados no presente estudo, visto que o sistema competitivo foi instalado pelos reformadores chineses apenas como uma técnica útil para atingir seus objetivos políticos ao invés de estabelecer a pedra de toque para um moderno regime de compras públicas.

O artigo 10 do *Government Procurement Law* é expresso em determinar a obrigatoriedade de que as compras públicas sejam realizadas no mercado chinês (isto é, a regra é a compra pública de bens, obras e serviços ofertados pelas empresas nacionais, apenas sendo possível a compra de empresas estrangeiras excepcionalmente, nas hipóteses lá previstas), bem como o artigo 9º determina seu uso como facilitador aos alcance dos objetivos estatais para o desenvolvimento econômicos e sociais<sup>67</sup>.

Dizem os referidos artigos que:

Artigo 9º - A compra pública deve ser conduzida de modo a facilitar o atingimento dos objetivos estabelecidos pelas políticas estatais para o desenvolvimento econômico e social, aí incluídos mas não limitados à proteção ambiental, assistências às áreas subdesenvolvidas ou minorias étnicas e à promoção do crescimento das pequenas e médias empresas.

Artigo 10 - O governo deve adquirir bens, construções e serviços domésticos, exceto nas seguintes situações:

---

<sup>66</sup>WANG, Ping; ZHANG, Xinglin. op. cit., p. 18.

<sup>67</sup>Não há disposições na *Tendering Law* chinesa a respeito do tema.

- (1) Onde bens, construções e serviços não estiverem disponíveis no território da República Popular da China ou, ainda que disponíveis, não puderem ser adquiridos em termos comerciais razoáveis;
- (2) Os itens a serem adquiridos sejam para uso no exterior; e
  - a. Forem de outro modo prescritos em outras leis e regulamentos administrativos.

Embora, como acima dito, possa haver o questionamento sobre o âmbito de incidência desse regramento (sobre que obras, bens e serviços especificamente ele é aplicável), o teor protecionista de seus ditames e a clara obrigatoriedade de uso da compra pública como ferramenta para a implantação das políticas públicas locais não deixa margem à dúvidas.

O intuito chinês de ingressar cada vez com mais contundências nos mercados estrangeiros esbarra na patente ausência de reciprocidade existente quanto ao livre comércio no que concerne às compras públicas e, embora haja uma preocupação nacional quanto às necessárias adaptações que deverão ser feitas para seu ingresso definitivo em organismos internacionais e mercados globalizados, o mercado público chinês remanesce, em grande parte, impenetrável.

Nesse passo, ademais, a prescrição legal de condução da compra pública como ferramenta para o atingimento de objetivos estabelecidos pelas políticas para o desenvolvimento social e econômico do país pode resultar em mera proteção doméstica, excluindo competidores estrangeiros.

### ***1.2.3. Estados Unidos***

Pelo menos desde o ano de 1844 existe legislação americana determinando que algumas agências e departamentos tenham como regra geral a preferência pela compra doméstica, até porque a Suprema Corte dos Estados Unidos considerava e considera essa uma forma constitucional de o governo atingir objetivos sociais<sup>68</sup>.

Todavia, não se pode negar que o mais conhecido exemplo de uso político da compra pública no mundo sejam as preferências instituídas pelo governo dos Estados Unidos no *Buy American Act* primeiramente editado em 1933 para a compra de materiais feitos por americanos e nos Estados Unidos. Esse instrumento normativo, como veremos,

---

<sup>68</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 41.

ainda que tendo sofrido derrogações desde então, continua a determinar que bens e serviços para uso público sejam preferencialmente americanos.

Na verdade, os principais programas que direcionam as aquisições pelos órgãos públicos americanos aos bens produzidos internamente são, a par do *Buy American Act* (o qual, como vimos, restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos), e o *Balance Payments Program* (que regulamenta as aquisições governamentais para utilização no exterior).

O sistema norte-americano de compras governamentais é coordenado pelo *Office of Federal Procurement Policy (OFPP)*, o qual orienta as aquisições de bens, obras e serviços em âmbito federal. Os estados e municípios possuem autonomia para legislar livremente a respeito do tema, só devendo observância aos ditames daquele departamento (e também ao *Federal Acquisition Regulation -FAR*), no caso de compras realizadas com dinheiro de natureza federal<sup>69</sup>.

As normas e procedimentos emanados do OFPP são dirigidos às *executive agencies*, expressão de designa os departamentos executivos (Departamentos de Estado, do Tesouro, da Defesa, da Justiça, Interior, Agricultura, Comércio, Trabalho, Saúde, Habitação, Desenvolvimento Urbano, Transportes, Energia, Educação e Departamento de Veteranos), os departamentos militares (Exército, Marinha e Aeronáutica), empresas públicas de propriedade integral o Estado e outros órgãos do Poder Executivo não integrantes dos departamentos executivos.

A diretriz maior para as compras e contratações de bens, serviços e obras públicas nos Estados Unidos estão na *Federal Acquisition Regulation -FAR*, a qual regulamenta os procedimentos, políticas e práticas pertinentes para as compras governamentais de modo a uniformizá-los (alterações em relação ao que estabelece a FAR, com a implementação de políticas, procedimentos e prescrições adicionais são permitidos para atendimentos das necessidades específicas de cada órgão, desde que respeitados os princípios gerais e que não sejam afetados os procedimentos dos demais órgãos da Administração, nos termos do que está estabelecido na seção 1.101 FAR).

---

<sup>69</sup>MORAIS, José Mauro de; MOREIRA, Heloísa Camargo. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: Oficina de la CEPAL, 2003. (Serie Estudios y Perspectivas, n. 1).

Os princípios da FAR são: tornar disponível o produto ou serviço em tempo hábil, com o melhor preço para o adquirente, mantendo a confiança do público e atingindo os objetivos das políticas públicas.

Como vemos, o uso da compra pública como ferramenta para a consecução de políticas é expresso, faz parte da natureza da compra governamental desse país.

O *Buy American Act* (implementado pela *Executive Order 10582*) estabelece restrições à compra estatal de bens finais que não sejam produzidos nos Estados Unidos, inclusive os não manufaturados. A instituição dessa clara medida protecionista deu-se em boa parte em razão da Grande Depressão que assolou os Estados Unidos na década de 20, quando a necessidade de aliviar os altos índices de desemprego fortaleceram a noção de que o dinheiro oriundo do pagamento de tributos pelos americanos deveria ser utilizado para a manutenção dos empregos americanos naquele momento de crise.

No caso de bens manufaturados, a origem dos produtos utilizados para a fabricação do produto final tem grande importância, de modo que, para que um produto seja considerado estadunidense, para que se configura um produto final doméstico (e, destarte, faça jus às preferências estabelecidas na legislação), deve preencher os seguintes requisitos: (i) o bem deve ser produzido nos Estados Unidos e, ademais, (ii) deve atender ao requisito do conteúdo nacional, com os custos de componentes nacionais representando mais de 50% dos custos de todos os componentes utilizados na produção.

Além disso, “essa exigência, que se aplica também nas preferências (*set aside*) para a compra de bens produzidos por pequenas empresas, implica tratar como se estrangeiro fosse o bem produzido nos Estados Unidos que não atende à norma de conteúdo nacional”.<sup>70</sup>

Essa regra geral de redução do mercado da compra estatal ao âmbito doméstico logicamente tem exceções, que são de três ordens: quando a preferência por um produto doméstico for inconsistente com o interesse público; quando não houver disponibilidade interna do produto ou quando o preço do produto nacional não for razoável.

Para uso dessas exceções, em especial o que poderia ser considerado irrazoável, são divulgadas instruções para melhor interpretação dos dispositivos previstos no *Buy*

---

<sup>70</sup>MORAIS, José Mauro de; MOREIRA, Heloísa Camargo. op. cit., p. 86.

*American Act*, com a fixação de margens percentuais de preferências a serem dadas aos produtos nacionais<sup>71</sup>.

Um produto nacional pode ser considerado como não razoável quando superar a oferta estrangeira de menor preço, após aplicada a margem de preferência de 6% sobre o produto importado (incluída a tarifa alfandegária) no caso de empresas de grande porte, e com margem de preferência de 12% se proveniente de empresa pequena. No caso de empate de preços, é dada preferência ao fornecedor de bens de produção nacional e, de todo modo, essas margens podem ser elevadas caso o órgão licitante entenda, por determinação escrita, que o “uso de fatores mais elevados é mais apropriado”. O Departamento de Defesa estabelece, por exemplo, uma margem de preferência da ordem de 50% nas suas aquisições.

Logicamente, no contexto de acordos internacionais celebrados pelos Estados Unidos, são derogadas as restrições impostas pelo *Buy American Act* (bem como as do *Balance of Payments Program*) para aquisição de bens e materiais de construção estrangeiros, aplicando-se, no caso, a norma de tratamento nacional (mas há exceções à exceção<sup>72</sup>). Por consequência, não estão sujeitos às restrições lá previstas: os países participantes do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (OMC); “países designados”, isto é, países de menor desenvolvimento da Ásia e da África e outras regiões, para os quais o *Trade Agreements Act* prevê a suspensão das restrições<sup>73</sup> do *Buy American Act*; grupo de 22 países da Bacia do Caribe; países

---

<sup>71</sup>McCRUDDEN, Christopher. op. cit.

<sup>72</sup>Estão excluídos do âmbito dos acordos e, portanto, sujeitos integralmente às preferências previstas na legislação americana: bens e serviços produzidos por pequenas empresas; as aquisições de armas e munições e artigos indispensáveis à segurança nacional, inclusive os serviços contratados em apoio às forças militares no exterior; aquisições de produtos finais para revenda; aquisições de bens produzidos nas prisões federais e por organizações sem fins lucrativos que empregam pessoas cegas ou severamente incapacitadas; aquisições de fornecedor único e aquisições por interesse público, quando o dirigente do órgão licitante dispuser da autoridade para decidir se a realização da licitação por meio de concorrência aberta não é de interesse público. Ainda, aquisições relacionadas a processamento automático de dados, serviços de telecomunicações e transmissões, pesquisa e desenvolvimento; serviços de transporte (não incluindo serviços de agentes de viagens) e ainda outros bens que estejam explicitamente excluídos dos acordos comerciais. Por fim, cabe ressaltar que os órgãos e empresas públicas podem ainda rejeitar uma oferta de produto estrangeiro para proteção de suas atividades internas nas seguintes situações: (i) quando for do interesse da defesa nacional dispor de uma instalação, produtor, indústria ou outro fornecedor disponível para o fornecimento de materiais ou serviços em caso de emergência nacional ou mobilização industrial; (ii) quando for do interesse da defesa nacional manter a capacidade nacional de pesquisa, desenvolvimento ou engenharia por instituição educacional ou sem fins lucrativos, ou centro de pesquisa financiado por fundos federais; (iii) para assegurar a continuidade de um fornecedor confiável de bens ou serviços; (iv) para satisfazer necessidades projetadas baseadas em demandas historicamente altas; e (v) para satisfazer necessidades críticas de suprimentos médicos, de segurança ou emergenciais (seção 6.202 FAR).

<sup>73</sup>Essa medida é faculdade concedida ao Presidente dos Estados Unidos.

signatários do Nafta; Acordo de Livre Comércio Estados Unidos-Israel de 1985 e Acordo de Comércio sobre Aeronaves Civis da OMC (seção 25.400 FAR).

A preferência pelos produtos nacionais nas compras governamentais estende-se também na *Balance of Payments Program*. Segundo o quanto estabelecido nesse programa, destinado a embaixadas, consulados e outros órgãos que estejam nos exterior, também deve ser atendido o requisito de origem contido no Buy American Act, mas a margem de preferência nesses casos é ainda maior, alcançando a margem de 50% a ser dada ao produto norte-americano em relação ao estrangeiro (ou até mesmo percentual maior, se assim decidir o dirigente do órgão licitante).

As exceções a essas margens de preferência são possíveis nas seguintes situações: valor estimado da licitação não superior a U\$S 100.000; o produto licitado consta da lista de “não disponibilidade” dos Estados Unidos da América; o chefe do órgão contratante determina que a obra somente pode ser realizada com material estrangeiro, inclusive por razões geográficas ou características próprias (areia, pedra, concreto, etc); nas aquisições materiais perecíveis; nas licitações sujeitas às regras de tratado ou acordo entre governos; quando o preço do material proveniente dos Estados Unidos (incluindo gastos de manuseio e transporte) exceder em mais de 50% o preço do material local; ou se o chefe do órgão que está realizando as aquisições determinar que são de interesse público aplicar as restrições do *Balance of Payment Program* ou que é impraticável aplicá-las a determinados materiais.

Como pode ser verificado unicamente pela análise desses diplomas (e isso sem adentrar outros documentos, como o *Small Business Program* e outros tantos<sup>74</sup>), o protecionismo aos bens, obras e serviços estadunidenses é declarado e, apesar do ingresso dos Estados Unidos nos acordos internacionais a respeito do tema, não houve modificação nessa diretriz política desse país: a compra pública está há muito inserida no âmbito da política macroeconômica de fomento à economia interna e isso não vai mudar. O peso dessa discriminação entre fornecedores estrangeiros faz com que esses tenham baixa participação no mercado, não chegando a 5% por continente<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup>*The Clean Air Act, the Emergency Planning and Community Right to Know Act, The Energy Policy and Conservation Act, the Pollution Prevention Act, the Resource Conservation and Recovery Act; Americans with Disabilities Act, 1990; Fair Labor Standards Act 1938; National Industry Recovery Act 1933; Public Works Employment Act 1977, etc.*

<sup>75</sup>MARQUES, Felipe Silveira. *Compras públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Brasília: ESAF, 2005. p. 37. Monografia premiada em 3º lugar no X Prêmio Tesouro Nacional – 2005, Tópicos Especiais de Finanças Públicas, Brasília (DF).

No âmbito social, o uso das compras públicas auxiliou na reinserção de pessoas com deficiência física no mercado de trabalho desde 1938 e teve estreita relação com o desenvolvimento de alguns direitos sociais, em especial com vistas a incentivar o fim da discriminação contra negros.

Com efeito, vários presidentes dos Estados Unidos durante as décadas de 1960 e 1970 valeram-se de “*executive orders*” como verdadeiras ações afirmativas, determinando a não discriminação da força trabalhadora negra na execução dos contratos públicos celebrados, e isso se deu devido ao fato de que o cumprimento ou não desses mandamentos era de fácil constatação.

O uso da compra pública para alcançar a igualdade não parou por aí. Fatias das compras governamentais passaram a ser destinadas exclusivamente para disputa por empresas que pertencessem a donos negros, com vistas a formação de uma classe média negra. Com o tempo, preferências a pequenas empresas em geral passaram a ser um dos pilares das políticas levadas à cabo por meio das compras governamentais, tal com estabelecido no *Small Business Act* de 1953<sup>76</sup>. Ainda, as regras de preferências para empresas que contratassem grupos considerados hipossuficientes foi expandindo para fomentar o emprego de mulheres (*Executive Order 11246*), deficientes (Seção 503 do *Rehabilitation Act de 1973*) e veteranos de guerra do Vietnã (*The Vietnam Era Veterans’ Reajustment Assistance Act of 1974*).

A contratação pública, ainda, teve relevante papel para a limitação das horas a serem trabalhadas e para o pagamento de faixas maiores de salários. Ou seja: com o passar do tempo, a contratação pública deixa de ter por fim social precípua o combate ao desemprego, para também servir como instrumento de melhorias aos direitos dos trabalhadores (com relação ao número de horas trabalhadas e condições salariais).

Do mesmo modo, no campo ambiental, em especial com o *Executive Order 13101* (“*Greening the Government through Waste Prevention, Recycling and Federal Acquisition*”), o governo federal passou a exigir a inserção de especificações técnicas que observassem critérios ambientais, ou a fixação de pontuação para técnicas ambientalmente corretas, com vistas a multiplicação de condutas ambientalmente desenvolvimentistas.

---

<sup>76</sup>O *Office of Federal Procurement Policy* fixou como meta que 20% do valor total dos contratos públicos celebrados por ano (sem contar com as subcontratações) deveriam ser prestados por pequenas empresas. (McCRUDDEN, Christopher. op. cit., p. 29).

Nesse passo, um exemplo em especial deve necessariamente ser citado, dada sua relevância e impacto no mundo todo: o “*Energy Star Program*”.

O governo federal dos Estados Unidos adquire aproximadamente um milhão de computadores por ano, o que representa cerca de 3% por cento do mercado. Em meados da década de 90, um decreto presidencial determinou que todos os departamentos federais passassem a adquirir computadores mais eficientes energeticamente, ou seja, que tivessem a certificação “*Energy Star*” da Agência de Proteção Ambiental americana. Por meio dessas políticas, o número de empresas que fabricavam computadores com eficiência energética cresceu drasticamente (entre 1992 e 1998, o número de empresas que passaram a fabricar PC’s com a etiqueta “*Energy Star*” passou de 10 para 600, o que representam um incremento de praticamente 100% das empresas existentes), mudando o comportamento dos agentes econômicos de produção desse setor para adequação à demanda estatal: agentes privados e públicos do mundo inteiro compram agora PC’s com eficiência energética em razão desse programa<sup>77</sup>.

Tanto as políticas de cunho social e ambiental, que foram implementadas por meio de compras estatais e realizadas ao longo da história dos Estados Unidos, comprovam o poder de indução das compras estatais na conduta dos agentes de mercado. Sem dúvida, muitos direitos sociais ambientais foram reforçados pela “obrigatoriedade” de sua observância por aqueles que queriam contratar com o poder público, tornando-se mais tarde parte da própria estrutura organizacional e produtiva das empresas também nas suas relações com particulares.

O exercício da função horizontal da compra pública, portanto, é excelente instrumento de complementação de normas de comando e controle, servindo como reforço de caráter indutivo.

O grande desafio é saber divisar a linha da licitude da conduta estatal, do protecionismo abusivo ao mero exercício soberano do poder de implementar políticas públicas e fomentar condutas e áreas nacionalmente relevantes por meio do poder de compra governamental. Vejamos no capítulo 2 o que existe na legislação brasileira a respeito do tema.

---

<sup>77</sup>EUROCITIES. *Guía Carpe de compra responsable: ciudades europeas por el consumo responsable*, cit.

## CAPÍTULO 2. PANORAMA NACIONAL DA COMPRA PÚBLICA

### 2.1. Histórico

A história das licitações e contratações administrativas no Brasil mostra o quanto suas premissas fundamentais foram mudando ao longo do tempo. De previsões restritas no Código de Contabilidade da União até os dias atuais, o tema compra pública foi ganhando cada vez mais espaço doutrinário e relevância prática. Na atualidade, após passados mais de 20 anos de vigência da lei nº 8.666/1993, resta nítida a necessidade de ajuste da legislação de compras existente.

A obrigatoriedade atual do exercício da função horizontal com finalidade social, ambiental e econômica constitui mais uma relevante prova de que é preciso avançar, de que se faz necessário um novo olhar sobre a compra pública, mais consentâneo com a realidade hodierna e as múltiplas possibilidades de uso do poder de compra estatal.

A realização de um processo licitatório para a realização da contratação pública foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas.

Após o advento de diversas outras leis que trataram de modo simplista do tema, o procedimento concorrential foi sedimentado pelo Decreto Federal nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (artigos 49 a 53<sup>78</sup>), o qual foi explicitado pelo Decreto Federal nº 15.783, de 08.12.22<sup>79</sup>.

Ele teve vigência por cerca de meio século até ser substituído pelo Decreto-lei nº 200, de 25.02.67 (artigos 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e foi estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios. No capítulo das licitações, expressão que substituiu a palavra “concorrência pública” utilizada nos diplomas legais anteriores, o Decreto-lei nº 200 passa a falar em “compras”, “vendas”, “serviços”. Ele estipula o que deve conter um edital de licitações,

---

<sup>78</sup>Pela pertinência com o tema da presente tese vale a pena aqui replicar, a título de nota histórica, o artigo 53 do Código de Contabilidade, que possuía a seguinte redação: “Em todos os fornecimentos feitos às repartições publicas federaes serão preferidos, em igualdade de condições, os proponentes nacionais”.

<sup>79</sup>Tratam das concorrências e do contrato administrativo os artigos 736 a 802 do Título VII do Decreto nº 15.783/1922, referente às normas administrativas que devem preceder o empenho das despesas. Já existe certo procedimento para a realização de certame, mas as previsões são ainda muito genéricas.

prevê modalidades de licitação, requisitos de habilitação, regimes de execução do contrato, regras sobre a formalização dos contratos, garantias a serem prestadas, prevê sanções a serem aplicadas etc.

Nesses primeiros diplomas normativos a tratar do tema há tão poucas minúcias, que, por exemplo, as cláusulas exorbitantes, que tanto influenciaram o direito administrativo, não foram mencionadas<sup>80</sup>. Foi o Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987 pelos Decretos-Lei 2.348 e 2.360, que completou o diploma básico de então e instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria: mencionava “obras”, “serviços”, “compras”, “alienações”, “fornecimentos”. Nele já se estabelecem cinco modalidades de licitação e o procedimento licitatório já está mais explicitado<sup>81</sup>, tendo evoluído em relação ao que existia no passado. Entretanto, o processo licitatório ainda não possui sede constitucional, o que ocorre tão somente a partir da Constituição de 1988.

A contratação de obras, bens e serviços pelo Estado para a materialização de seus fins está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil no inciso XXI de seu artigo 37. Lá está a obrigatoriedade de a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de contratarem mediante prévio processo de licitação, “ressalvados os casos especificados na legislação”.

É da competência privativa da União legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratações administrativas (conforme artigo 22, inciso XXVII da CF/1988) e, assim sendo, temos na lei nº 8.666/1993 o regramento básico para essa área, com a previsão de princípios, dos objetivos a serem buscados pela licitação, das modalidades e tipos de licitação, de requisitos de habilitação para participação no certame, recursos administrativos cabíveis, regras para a celebração e execução dos contratos administrativos, causas de nulidades, sanções, previsão de tipos penais específicos das

---

<sup>80</sup>ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

<sup>81</sup>No decreto-lei em questão encontramos a seguinte previsão: “Art 3º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. § 1º É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: (...) II - estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes”. Note-se que a vedação se dá quanto a preferências ou distinções em razão de características dos licitantes (sua naturalidade, sede ou domicílio) e não dos produtos que venham a fornecer. Essas vedações permanecem pertinentes e em nada conflitam com as margens de preferências hodiernamente estabelecidas aos produtos manufaturados nacionais.

licitações e contratações administrativas, etc. É nela, ademais, que temos a previsão das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A lei nº 8.666/1993 teve sua introdução no sistema jurídico nacional sob a égide de uma situação histórica que foi mudando ao longo do tempo, sem que tivéssemos a modernização de seus ditames frente às novas realidades fáticas surgidas. Ela entrou em vigor durante a década de 90, com vistas a superar uma série de desmandos e corrupções que marcavam o sistema naquele momento. É uma lei bastante completa sob alguns ângulos e excessivamente burocrática sob outros, o que a torna morosa e formalista demais<sup>82</sup>, perdendo em eficiência, agilidade e controle. Atualmente, ela já foi alterada por mais de 61 Medidas Provisórias e 26 leis<sup>83</sup>, em demonstração inequívoca de que seus preceitos já não respondem às necessidades estatais.

---

<sup>82</sup>A Lei nº 10.520/2002 reflete a tentativa de alcançar maior agilidade na contratação por meio da criação de uma nova modalidade de licitação: o pregão.

<sup>83</sup>Em ordem cronológica decrescente: Lei Ordinária nº 12.873 de 24 de Outubro de 2013; Medida Provisória nº 619 de 6 de Junho de 2013; Lei Ordinária nº 12.715 de 17 de Setembro de 2012; Lei Ordinária nº 12.462 de 4 de Agosto de 2011; Lei Ordinária nº 12.440 de 7 de Julho de 2011; Lei Ordinária nº 12.349 de 15 de Dezembro de 2010; Medida Provisória nº 495 de 19 de Julho de 2010; Lei Ordinária nº 11.783 de 17 de Setembro de 2008; Lei Ordinária nº 11.763 de 1º de Agosto de 2008; Medida Provisória nº 422 de 25 de Março de 2008; Lei Ordinária nº 11.481 de 31 de Maio de 2007; Lei Ordinária nº 11.484 de 31 de Maio de 2007; Medida Provisória nº 352 de 22 de Janeiro de 2007; Lei Ordinária nº 11445 de 5 de Janeiro de 2007; Medida Provisória nº 335 de 23 de Dezembro de 2006; Medida Provisória nº 292 de 26 de Abril de 2006; Lei Ordinária nº 11.196 de 21 de Novembro de 2005; Lei Ordinária nº 11079 de 30 de Dezembro de 2004; Lei Ordinária nº 10973 de 2 de Dezembro de 2004; Medida Provisória nº 2198-5 de 24 de Agosto de 2001; Medida Provisória nº 2198-4 de 27 de Julho de 2001; Medida Provisória nº 2198-3 de 28 de Junho de 2001; Medida Provisória nº 2152-2 de 1º de Junho de 2001; Lei Ordinária nº 9854 de 27 de Outubro de 1999; Lei Ordinária nº 9724 de 1º de Dezembro de 1998; Lei Ordinária nº 9648 de 27 de Maio de 1998; Medida Provisória nº 1531-18 de 29 de Abril de 1998; Medida Provisória nº 1531-17 de 2 de Abril de 1998; Medida Provisória nº 1531-16 de 5 de Março de 1998; Medida Provisória nº 1531-15 de 5 de Fevereiro de 1998; Medida Provisória nº 1531-14 de 8 de Janeiro de 1998; Medida Provisória nº 1531-13 de 11 de Dezembro de 1997; Medida Provisória nº 1531-12 de 13 de Novembro de 1997; Medida Provisória nº 1531-11 de 17 de Outubro de 1997; Medida Provisória nº 1531-10 de 18 de Setembro de 1997; Medida Provisória nº 1531-9 de 21 de Agosto de 1997; Medida Provisória nº 1531-8 de 22 de Julho de 1997; Lei Ordinária nº 9472 de 16 de Julho de 1997; Medida Provisória nº 1531-7 de 20 de Junho de 1997; Medida Provisória nº 1540-25 de 10 de Junho de 1997; Medida Provisória nº 1531-6 de 23 de Maio de 1997; Medida Provisória nº 1531-5 de 24 de Abril de 1997; Medida Provisória nº 1531-4 de 26 de Março de 1997; Medida Provisória nº 1531-3 de 27 de Fevereiro de 1997; Medida Provisória nº 1531-2 de 30 de Janeiro de 1997; Medida Provisória nº 1531-1 de 31 de Dezembro de 1996; Lei Ordinária nº 9427 de 26 de Dezembro de 1996; Medida Provisória nº 1531 de 2 de Dezembro de 1996; Medida Provisória nº 1500-17 de 29 de Novembro de 1996; Medida Provisória nº 1500-16 de 31 de Outubro de 1996; Medida Provisória nº 1500-15 de 2 de Outubro de 1996; Medida Provisória nº 1500-14 de 5 de Setembro de 1996; Medida Provisória nº 1500-13 de 8 de Agosto de 1996; Medida Provisória nº 1500-12 de 9 de Julho de 1996; Medida Provisória nº 1500 de 7 de Junho de 1996; Medida Provisória nº 1452 de 10 de Maio de 1996; Medida Provisória nº 1400 de 11 de Abril de 1996; Medida Provisória nº 1318 de 9 de Fevereiro de 1996; Medida Provisória nº 1279 de 12 de Janeiro de 1996; Medida Provisória nº 1242 de 14 de Dezembro de 1995; Medida Provisória nº 1207 de 24 de Novembro de 1995; Medida Provisória nº 1173 de 27 de Outubro de 1995; Medida Provisória nº 1140 de 28 de Setembro de 1995; Medida Provisória nº 1108 de 29 de Agosto de 1995; Medida Provisória nº 1081 de 28 de Julho de 1995; Lei Ordinária nº 9032 de 28 de Abril de 1995; Lei Ordinária nº 8883 de 8 de Junho de 1994; Medida Provisória nº 472 de 15 de Abril de 1994; Medida Provisória nº 472 de 15 de Abril de 1994; Medida Provisória nº 450 de 17 de Março de

O número excessivo de hipóteses de dispensa de licitação (e não vamos aqui analisar a efetiva pertinência de cada uma delas ou mesmo a legitimidade governamental de usar desse recurso em várias situações previstas no artigo 24 da lei nº 8.666/93) e de seu uso em larga escala<sup>84</sup> são um reflexo dessa inadequação, numa espécie de fuga governamental dos ditames impostos pela referida lei.

Mas não é só isso: em geral, diferentemente dos demais países, cria-se no Brasil novas hipóteses de dispensa de licitação como meio para viabilizar o exercício de função horizontal da contratação administrativa, escapando, desse modo, da necessidade de realizar licitações mais cuidadosas (com especificações técnicas, cláusulas de *performance* e todas as questões que envolvem a função horizontal da compra pública).

No sistema jurídico pátrio, essa função colateral (ou horizontal, como preferimos) da licitação e da contratação administrativa era (e ainda é) primordialmente viabilizada pelas várias hipóteses de dispensa de licitação existentes, de sorte que o procedimento administrativo para a escolha do contratante pela Administração Pública era (e é) prescindido para que um dado interesse público subjacente à mera obtenção do objeto licitado pudesse (e possa) ser concretizado.

Dito de outra forma, a lei nº 8.666/93 foi estabelecendo ao longo do tempo diversas hipóteses de licitação dispensável (com a inserção cada vez mais numerosa de incisos, diga-se de passagem) quando o objetivo buscado pela contratação administrativa transbordasse a mera satisfação de necessidades primárias da Administração Pública e/ou de seus administrados, a fim de viabilizar sua utilização como ferramenta à implementação de certas políticas públicas, o reforço de condutas estabelecidas ou vedadas na legislação (intensificando o interesse dos agentes no cumprimento voluntário de instrumentos de comando e controle) e ao fomento de setores e atores eleitos na Constituição como primordiais.

---

1994; Medida Provisória nº 450 de 17 de Março de 1994; Medida Provisória nº 429 de 16 de Fevereiro de 1994; Medida Provisória nº 429 de 16 de Fevereiro de 1994; Medida Provisória nº 412 de 14 de Janeiro de 1994; Medida Provisória nº 412 de 14 de Janeiro de 1994; Medida Provisória nº 388 de 16 de Dezembro de 1993; Medida Provisória nº 388 de 16 de Dezembro de 1993; Medida Provisória nº 372 de 17 de Novembro de 1993; Medida Provisória nº 372 de 17 de Novembro de 1993; Medida Provisória nº 360 de 18 de Outubro de 1993; Medida Provisória nº 360 de 18 de Outubro de 1993; Medida Provisória nº 351 de 16 de Setembro de 1993; Medida Provisória nº 351 de 16 de Setembro de 1993.

<sup>84</sup>Dados do IPEA demonstram que o uso das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação no Brasil é muito grande: 34,36% dos certames da seara federal são realizados com dispensa ou inexigibilidade, contra apenas 14% na União Europeia (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *A Reforma da lei nº 8.666/93 e do arcabouço legal das compras públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Nota Técnica n. 8, nov. 2013, p. 6).*

Às hipóteses de dispensa de licitação previstas na lei nº 8.666/1993, somam-se ainda muitos outros instrumentos normativos a título de marco à introdução das compras públicas sustentáveis, fundamentando o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa com vistas ao desenvolvimento do tripé da sustentabilidade (economia, meio ambiente e justiça social).

Esse panorama, como veremos, foi sendo paulatinamente desenhado e encontrou sua plena guarida com a inserção da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como um dos objetivos da licitação e da contratação administrativa na lei nº 8.666/1993.

Os principais marcos regulatórios das compras públicas sustentáveis e da função horizontal da licitação no Brasil serão tratados em tópicos a seguir, mas vale a pena mencionar algumas outras normas que já denotavam mesmo antes esse viés: a lei nº 8.248/1991, que em seu artigo 3º dispõe sobre preferência a ser concedida aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e aos bens e serviços produzidos de acordo com o “processo produtivo básico”; a lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, a qual prevê em seu artigo 10 dentre as sanções administrativas para pessoas físicas e jurídicas que cometam crimes contra o meio ambiente a proibição de contratarem com o poder público (em reforço, portanto, à norma de comando e controle); a lei nº 9.660/1998, que estabelece que na aquisição ou locação de veículos para a frota oficial da Administração Pública deve-se exigir unidades movidas a combustíveis renováveis (instituinto a obrigatoriedade de inserção desse critério ambiental em suas compras para esse fim); o Decreto Federal nº 2.783/1998, o qual proíbe a aquisição de produtos ou equipamentos que contenham substâncias que destroem a camada de ozônio (SDO) pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal; o Decreto Federal nº 3.330/2000, o qual estabelece a meta de 20% de redução de consumo de energia elétrica nos prédios públicos até dezembro de 2002 (estabelecendo uma conduta ecoeficiente e forçando as unidades a procederem a compras verdes); a lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que estabelece em seu artigo 2º, no inciso VIII, como diretriz geral, a adoção de padrões de produção e consumo compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município. Em 2007 temos a inovadora Recomendação nº 11 do Conselho Nacional de Justiça, orientando o Poder Judiciário à incluir em suas compras o tripé de sustentabilidade; a Portaria nº 61/2008 do Ministério do Meio Ambiente, que estabeleceu práticas de sustentabilidade ambiental para as compras desse ministério; a lei nº 11.947/2009 – que trata do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE – que

estabelece que no mínimo 30% dos recursos financeiros repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação devam ser utilizados para aquisição de gêneros alimentícios fornecidos por agricultores familiares para a merenda escolar; a Portaria SLTI/MPOG nº 02/2010, que regulamenta a TI Verde, incluindo critérios de sustentabilidade a serem incluídos nas especificações técnicas e a Instrução Normativa SLTI/MOPG nº 10/2012, tornando obrigatória a elaboração de Planos de Gestão de Logística Sustentável.

Merecem ainda destaque alguns planos e programas e acordos federais relativos às Compras Públicas Sustentáveis. Só para citar alguns exemplos de programas – além dos já citados e que estão implementando políticas públicas por meio das compras públicas - temos a chamada Agenda Ambiental da Administração Pública (mais conhecida como A3P), programa criado pelo Ministério do Meio Ambiente (e que se multiplicou nas demais esferas federais) e que busca a construção de uma nova cultura institucional dos órgãos públicos, estimulando os princípios e critérios de gestão socioambiental tendo como um de seus eixos para a inserção de critérios de sustentabilidade na Administração Pública a licitação sustentável; a Agenda 21 Brasileira, editada em 2002 e que nada mais é do que um reflexo da Agenda 21 Global já tratada no Capítulo I; o Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS), de 2011, que tem como um dos seus temas prioritários as compras pública sustentáveis; tem-se a exigência de declaração de que a empresa licitante não utiliza mão de obra de menor como parte integrante do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI; o tratamento favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte como uma das ações governamentais voltadas a dar cumprimento à determinação constitucional nesse sentido, a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de instituições voltadas à recuperação social do preso como reflexo dos programas existentes para sua reinserção.

Como vimos, já se constatava no Brasil a utilização cada vez mais veemente da licitação e da contratação administrativa para bem além do mero alcance dos objetivos de isonomia e obtenção da proposta mais vantajosa sob o prisma meramente econômico, avançando com mais contundência para uma função de indução de certos atores e setores, de reforço dos instrumentos de comando e controle e de implementação de políticas que antes não precisavam ser consideradas em razão de determinação legal específica a respeito. Essa obrigatoriedade passa a ser expressa a partir da lei nº 12.349/2010, embora já pudessem ser aferidas no ordenamento jurídico nacional.

Pode-se, com efeito, vislumbrar na Constituição Federal a obrigatoriedade de tratamento favorecido a determinados setores e atores relevantes, bem como lá se encontra uma série de previsões (normas programáticas) de índole desenvolvimentista que fundamentam as compras públicas sustentáveis, e isso muito antes da introdução expressa de um novo objetivo a ser buscado pela contratação<sup>85</sup>.

O artigo 170 da Constituição Federal, ao arrolar os princípios da ordem econômica, assim estabelece:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Trata-se de artigo de relevância central para a análise da função social da licitação e da contratação administrativa. A partir dele, temos o fundamento constitucional para que o Estado, em pleno exercício de sua soberania, atue em prol do bem comum nos limites dos princípios acima estabelecidos. Dentre as ações que deve tomar para “assegurar a todos

---

<sup>85</sup>Embora não nos pareça ter sido essa a intenção nem mesmo remota do legislador, há quem entenda que na lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, já havia o dever imposto à Administração Pública de pautar sua atuação com vistas “à compatibilidade entre o desenvolvimento econômico e social e a preservação ambiental” (art. 4º, I) e que isso já deveria refletir nas compras públicas por ela realizadas. “Destarte, a lei nº 6.938/81 que não só autoriza como vincula a Administração Pública à licitação sustentável, inexistindo antagonismo, mas complementariedade nos papéis de agente econômico e executor de políticas públicas e detentor do poder de política exercido pelo Estado, interpretação que veio reforçada com a nova redação da Lei de Licitações” (SOUZA, Lilian Castro de. Política Nacional do Meio Ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103-115).

existência digna, conforme os ditames da justiça social” está a utilização de seu imenso poder de compra e a capacidade indutora deste.

A regra na ordem econômica é a livre concorrência, mas o seu perfil deve ser desenhado de modo que a defesa do consumidor seja atingida; que a defesa do meio ambiente tenha papel também central; que a redução das desigualdades regionais e sociais esteja inserida nas políticas públicas estatais; que a busca do pleno emprego seja sempre um objetivo a ser alcançado e que as empresas de pequeno porte recebam tratamento favorecido e possam desenvolver-se e aprimorar-se. Daí porque o estabelecimento de condicionamentos à livre concorrência são lícitos, desde que calcados em objetivos e princípios tracejados pela Constituição.

A leitura do artigo em questão não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de o Estado inserir critérios sociais e ambientais nos certames públicos com vistas a dar observância aos princípios nele estabelecidos. Em especial, a determinação de defesa do meio ambiente, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” e “de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte” são ordens de atuação positiva bastante claras. O exercício da função horizontal das compras públicas é, desse modo, tão somente um veículo para a concreção desses ditames.

No tocante à defesa do meio ambiente, ademais, o §1º do artigo 225 incumbe ao Poder Público atuar no sentido tanto de educar quanto de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Fazer sua parte, demandando produtos, obras e serviços ambientalmente sustentáveis de modo a, de um lado, dar o exemplo e, de outro, fomentar o mercado ecoeficiente e o desenvolvimento de tecnologias verdes, certamente está dentre suas obrigações. Vejamos o que dizem os incisos V e VI do §1º do artigo 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Do mesmo modo, o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (ME's e EPP's) autorizam a instituição de licitações exclusivas (voltadas tão somente para licitantes que sejam ME ou EPP ou mesmo a instituição de mecanismos que as favoreçam no certame<sup>86</sup>. A Constituição Federal determina a criação de benesses a essas empresas, porque o desenvolvimento delas significa o fortalecimento da economia como um todo, com a criação de mais empregos e o aumento da classe média, gerando a melhoria da qualidade de vida de massa significativa da população. Não por outro motivo, no artigo 179 novamente tem-se a previsão de tratamento favorecido às ME's e EPP's:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O incentivo à inovação tecnológica brasileira e ao desenvolvimento do mercado interno nacional também possuem fundamento constitucional, expressos nos artigos 218 e 219:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

(...).

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-

---

<sup>86</sup>Tanto as chamadas licitações exclusivas como o empate ficto serão tratadas com mais pormenor no Capítulo 3, ao tratarmos dos mecanismos que hoje existem para concreção da função horizontal das compras públicas.

econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A Constituição fala em apoio e estímulo a empresas que invistam em pesquisa e criação tecnológica, bem como determina o incentivo ao mercado interno nacional. Assim como diversos países o fazem (vide Capítulo 1), a instituição de preferências nas compras públicas para fomentar a inovação tecnológica e os produtos manufaturados nacionais, desde que em percentuais objetivamente aferíveis, guardam relação de pertinência com o fim almejado.

Esse breve apanhado de artigos da Constituição demonstra que as compras públicas sustentáveis (ou seja, as compras do Estado voltadas ao fortalecimento do tripé social, econômico e ambiental da sustentabilidade, em pleno exercício da função horizontal das compras públicas) possuem, desde 1988, fundamento constitucional estabelecido, embora sua utilização se mostrasse insegura pela inexistência de leis e outros instrumentos normativos viabilizando a utilização do poder de compra estatal com esse viés. É apenas com o passar dos anos e com a entrada em vigor de legislação prescrevendo condutas nesse sentido que temos seu advento definitivo e de índole positiva (ou seja, já não mais por meio da instituição de hipóteses de dispensa de licitação).

Vejamos a seguir com mais pormenor algumas leis federais e outros instrumentos infralegais que determinam o uso da compra pública também com vistas ao atingimento de finalidades extraordinárias.

### ***2.1.1. Lei Complementar nº 123/2006***

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu normas gerais a serem observadas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a concretização de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Além de cuidar de matérias de cunho fiscal, trabalhista, previdenciário e creditício, o Estatuto estipulou regras relacionadas às aquisições de bens e contratações de serviços pela Administração Pública, alterando significativamente o panorama jurídico das licitações públicas, inserindo-a definitivamente como veículo para a consecução de fins

econômicos e sociais. Seu artigo 47, cuja redação foi alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, é paradigmático:

Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

A Lei Complementar 123/2003 teve por objetivo principal tornar as ME e EPP competitivas em cotejo com as grandes empresas e perante a economia informal, por meio de desregulamentação (eliminando a burocracia); desoneração (diminuindo a carga tributária) e estímulos (gerando empregos, estimulando a formalidade, promovendo o desenvolvimento sustentado da economia e a inovação tecnológica, facilitando o acesso aos mercados), para, como consequência, estimular o desenvolvimento social (gerando empregos e renda).

Especificamente no que concerne ao acesso aos mercados, a lei prevê mecanismos de facilitação e fomento à participação dessas empresas nos certames mediante: a possibilidade de comprovação tardia da regularidade fiscal<sup>87</sup>, inclusive com a concessão de prazo para saneamento<sup>88</sup> desse requisito de habilitação; o empate ficto<sup>89</sup>, a cédula de crédito

<sup>87</sup>Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

<sup>88</sup>Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa (nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014).

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

<sup>89</sup>Ele será tratado de modo específico no capítulo 4, como um dos mecanismos para o exercício da função horizontal da compra pública, assim como as licitações exclusivas, a subcontratação obrigatória, a reserva de cotas, dentre outros.

microempresarial<sup>90</sup>; a previsão de licitações exclusivas; de subcontratação obrigatória e de cota dirigida. A Lei Complementar nº 147/2014 traz, ainda, a possibilidade de prioridade por ME's e EPP's locais ou regionais e determina, por fim, preferência na contratação dessas no caso dispensa de licitação com base nos incisos I e II do artigo 24 da lei nº 8.666/1993<sup>91</sup>.

As previsões da Lei Complementar nº 123/2006 realizaram verdadeira revolução na participação das microempresas e empresas de pequeno porte nos certames, que aumentaram de forma exponencial. Isso não significa, todavia, que as dificuldades de acesso ao mercado público tenham sido inteiramente superadas.

Embora com facilidade cada vez maior, as microempresas e empresas de pequeno porte nacionais continuam tendo dificuldades na obtenção de informações, falta-lhes conhecimento a respeito dos procedimentos de licitação e não estão preparadas para a escorreita formulação de propostas. Existem microempresas e empresas de pequeno porte que praticamente têm como único cliente o poder público e dele dependem totalmente, mas há muitas outras que sequer se arriscam em ingressar nesse nicho de mercado, por falta de conhecimento sobre o assunto.

Também não se traduz na melhoria da qualidade dos produtos e serviços adquiridos pelo Poder Público, pois embora sua participação tenha aumentado bastante após o advento da Lei Complementar nº 123/2006, isso ocorre geralmente em certames cujos objetos

---

<sup>90</sup>Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

Parágrafo único. A cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial, tendo como lastro o empenho do poder público, cabendo ao Poder Executivo sua regulamentação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei Complementar.

<sup>91</sup>Nos Estados Unidos, país que claramente inspirou a redação atual da Lei Complementar nº 123/2006, o *Small Business Act* estabelece quatro programas principais de assistência às compras governamentais das pequenas empresas: via contratação direta; via subcontratação, via exclusividade de contratação até certo valor, pela divisão de bens e serviços em pequenos lotes; por meio do programa de certificação de competência. Nos termos da legislação norte-americana, a pequena empresa é aquela não dominante no mercado do objeto da licitação, e é definida segundo critérios de faturamento, número de funcionários e em função do ramo de atividade em que atua. A prioridade nas aquisições de pequenas empresas é, ainda, orientada mediante determinação de "máximas oportunidades de participação" a empresas de propriedade de determinados grupos sociais, considerados em posição de desvantagem econômica ou social nos Estados Unidos, tais como empresas de pequeno porte de veteranos de guerra, de veteranos de guerra incapacitados, de empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como de baixo desenvolvimento (*Historically Underutilized Business Zone* - HUBZone), empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres e, ainda, propriedade de grupos considerados em desvantagem econômica ou social como: negros, hispânicos, nativos americanos e tribos indígenas, americanos de origem asiática do Pacífico, de organizações nativas havaianas (SEBRAE. Políticas públicas: as micro e pequenas empresas e as compras governamentais. São Paulo; Conselho deliberativo do SEBRAE-SP, 2005. (Temas em Debate 1). Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt\\_licitacoes/publicacoes/compras\\_governamentais.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/compras_governamentais.pdf)>).

apresentam baixo valor agregado, o que demonstra que o incentivo estatal a esses atores econômicos não foi acompanhado por uma melhora em seus métodos produtivos<sup>9293</sup>.

Em estudo realizado sobre as firmas contratadas pelo poder público, Ricardo Pereira Soares apurou que:

(...) a classe das firmas mais beneficiadas é aquela em que a participação das compras do governo na firma, no mínimo, foi dez vezes maior do que a participação dessa firma no mercado. Nessa classe, encontram-se 207 firmas das quais o governo comprou R\$ 1.294,0 milhões – 31% do total. As principais características econômicas e tecnológicas dessas firmas é que: são de pequeno porte em número de empregados e apresentam as menores RLV's; têm mão-de-obra intensiva; gastam menos que as demais firmas em diferenciação de produto; e são as menores firmas do grupo (CNAE 3) em utilização de capital. A participação de firmas que inovam nessa classe das mais beneficiadas é pequena, tanto no número de firmas como no valor das compras do governo, respectivamente, 5% e 1% do total da classe.

(...)

Em suma, o Brasil tem a intenção de usar o poder de compra do governo na recém anunciada política industrial como um instrumento indutor da inovação e do desenvolvimento da capacitação científica e tecnológica do parque industrial. Mas este estudo mostra que isso é o contrário do que vem fazendo, pois suas compras não estimularam as firmas que fazem inovação. Além disso, mostra que existe um número expressivo de firmas que têm no governo um comprador importante, as quais são beneficiadas por essas compras e que, possivelmente, são empresas defasadas em termos tecnológicos e mercadológicos<sup>94</sup>.

De todo modo, trata-se da mais abrangente medida de uso extraordinário da compra pública com vistas ao desenvolvimento econômico nacional e, por consequência, aprimoramento das condições sociais da população economicamente ativa.

---

<sup>92</sup>SCHIMIDT, Flávia de Holanda, ASSIS, Lucas Rocha Soares de. O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, n. 17, p. 9-20, 2011.

<sup>93</sup>Como veremos ao tratarmos da necessidade de um novo olhar sobre a compra pública, esse é um problema não apenas da contratação com micro e pequenas empresas, mas de ordem geral, na medida em que a atual lei nº 8.666/1993, ao estabelecer a necessidade de especificação demasiadamente rígida, acaba nivelando o produtor menos capacitado com o produtor líder do mercado, ganhando o “menor” (provavelmente o produto desatualizado em com baixo grau da inovação tecnológica) preço.

<sup>94</sup>SOARES, Ricardo Pereira. Compras governamentais: características das firmas industriais e participação das que inovam. In: DE NEGRI, João Alberto; SALERNO, Mario Sergio (Orgs.). *Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras*. Brasília: IPEA, 2005. p. 317-318.

### 2.1.2. Lei nº 12.187/2009

A lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, estabelecendo seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos. Trata-se de importante instrumento para impulsionar o Estado brasileiro a combater o aquecimento global e surge em um cenário pós-Conferência da ONU sobre Mudanças Climáticas de Copenhague, que reclama por maiores ações governamentais nesta área.

O artigo 6º, inciso XII dessa lei determina o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas em geral:

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

No caso, o artigo 6º determina claramente a obrigatoriedade de criação de critérios de preferência para propostas “que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos”<sup>95</sup>. O texto da lei deixa de trabalhar com conceitos vagos tais como “produtos ambientalmente corretos” ou “produtos sustentáveis” e já esclarece objetivamente o que pretende alcançar com a preferência a ser dada, mesmo sem descer a minúcias.

A esse respeito, Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira observa que:

Por óbvio, não seria cabível, sendo mesmo absurdo, que a Lei descesse ao detalhamento de cada bem, de cada produto, cabendo de fato fazer como ela fez: trazer-nos as pistas necessárias, as linhas gerais, que nos levam a entender quais são esses bens e produtos melhores para o meio ambiente. Ao realizar esta definição, a lei procurou atingir o cerne do problema das mudanças climáticas. Ressalte-se, então, que devemos ter o cuidado, ao interpretar a lei, de buscar as origens científicas da matéria por ela tratada. Neste caso, o seu fundamento se encontra nas ciências ecológicas, que este é o objetivo desta norma.

(...)

---

<sup>95</sup>A expressão “outros recursos naturais” não limita a possibilidade de criação de critérios de preferência apenas à questão climática.

Cabe aqui, então, recordar o princípio que rege a ecologia no sentido de que a natureza funciona como um sistema onde tudo está interligado, incluído o homem, que também nela está inserido, para, desse modo, se concluir pela preferência nas licitações públicas aos produtos que promovam a qualidade de vida – o aspecto social interligado ao ambiental – numa palavra, bens socioambientalmente corretos, conforme o regramento da lei da política nacional sobre mudança do clima<sup>96</sup>.

Todavia, apesar de apresentar o aspecto positivo de obrigar a Administração Pública a inserir critérios nas licitações visando à redução na emissão de gases de efeito estufa, etc, não se pode deixar de notar que o artigo em questão estabelece os objetivos a serem aferidos, mas não os meios para alcançá-los; tão somente autorizou o administrador a, na fase de propostas, pontuar aquelas propostas “que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos” e pronto.

Nesse passo, observa Eduardo Fortunato Bim que:

Não estipulou, pelo menos de maneira clara e direta, sobre a escolha de materiais, exigências de certidões ou cadastramento ou mesmo técnicas de produção ou prestação do serviço. Quando a Lei nº 12.187/09 estipula os fins, pode-se até chegar aos mesmo, mas somente em relação ao objetivo da lei: redução de emissões e remoção de gases de efeito estufa.

(...)

Não instituiu um critério de desempate, nem autorizou a aquisição de bens que tenham esse perfil, apenas deu uma preferência em termos de pontos. Isso pode significar que a pontuação alcançada seguindo esses critérios de preferência não seja suficiente para reduzir o impacto no meio ambiente quanto teria a escolha de um bem ou serviço, neste compreendido a forma de execução, ou a instituição de projetos sustentáveis etc. Em outras palavras, essa preferência de pontuação pode ser menos efetiva do que uma boa escolha na fase da escolha do bem, embora nada impeça que estas estejam conjugadas<sup>97</sup>.

Da leitura do texto legal, portanto, percebe-se a adoção, de maneira explícita, como instrumento da Política Nacional sobre Mudança do Clima, das chamadas licitações sustentáveis ou ambientalmente amigáveis, mas ainda de modo limitado, restrito à possibilidade de pontuação das propostas.

<sup>96</sup>FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

<sup>97</sup>BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 192-193.

### **2.1.3. Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 01/2010**

Embora seja norma de natureza infralegal e com efeitos tão somente para a Administração Pública Federal, a Instrução Normativa SLTI/MPOG n° 01/2010 (IN n° 01/2010) é, sem dúvida, um dos principais marcos regulatórios das compras públicas sustentáveis, isto é, das aquisições governamentais que declaradamente tenham por fim não só a obtenção do objeto contratado como também a consecução de outros fins, em exercício aberto da função horizontal da licitação e da contratação administrativa.

Com fundamento diretamente na Constituição Federal, ela inaugura cronologicamente a aceitação expressa desse viés político da contratação (voltado à sustentabilidade), sendo só mais tarde seguida pelas alterações na lei n° 8.666/1993 e pelo advento de leis mais modernas a respeito do tema. Por isso, talvez, suas previsões lamentavelmente sejam unicamente voltadas à questão ambiental<sup>98</sup>, sem levar em conta critérios de ordem social ou econômica.

Nela temos previsões de ordem prática, regulamentar, sobre como inserir critérios ambientais nas contratações federais. Basicamente, a IN n° 01/2010 determina que, sem frustrar a competitividade, os instrumentos convocatórios passem a levar em conta os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas. Como ainda não havia estudos e mesmo certeza jurídica acerca da aceitabilidade ou não dessa inserção, a IN n° 01/2010 refere-se a licitações que utilizem com critérios de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço<sup>99</sup>, ainda sem um efetivo avanço para a inserção de critérios ambientais a serem observados nas licitações de menor preço.

De todo modo, como dito, sua importância dá-se em razão do ineditismo, da iniciativa federal de regulamentar o uso da compra pública com viés ambiental sem esperar por uma alteração na lei n° 8.666/1993, que só viria mais tarde.

---

<sup>98</sup>A única exceção verificada no referido texto é a previsão, no §1º de seu artigo 4º, com a determinação de utilização de mão-de-obra de origem local. Vejamos seu teor: “Deve ser priorizado o emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local para execução, conservação e operação de mão de obra”.

<sup>99</sup>Art. 3º - Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

#### 2.1.4. Lei nº 12.305/2010

A Política Nacional de Resíduos Sólidos tem importância especial no tema de licitações públicas sustentáveis e no exercício da função horizontal da compra pública, pois traz à baila uma série de previsões que impactam diretamente no modo como a Administração Pública deva realizar suas compras daqui pra frente.

São elas: a obrigatoriedade da avaliação do produto ou serviço tendo em conta critérios socioambientais; a imposição da análise do ciclo de vida, a exigência de ecoeficiência e a previsão da responsabilidade compartilhada pelos resíduos sólidos (responsabilidade ambiental pós consumo), o que demanda racionalidade sustentável desde a aquisição de um produto até o processo aplicável em sua destinação final.

Consolidada na lei nº 12.305/10, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos já prevê como objetivo, nas aquisições e compras governamentais, o uso de critérios compatíveis como padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

Diz o inciso XI de seu artigo 7º que:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

- a) produtos reciclados e recicláveis;
- b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

Ademais, seu artigo 42<sup>100</sup> prevê a possibilidade de instituição de medidas indutoras para que as iniciativas lá previstas sejam fomentadas e, nos termos do artigo 80<sup>101</sup> do Decreto nº 7.404/2010, a fixação de critérios, metas, e outros dispositivos complementares de sustentabilidade ambiental para as aquisições e contratações públicas é uma dessas medidas.

---

<sup>100</sup>Art. 42. O poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de: I - prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo; II - desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida; III - implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; IV - desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou, nos termos do inciso I do caput do art. 11, regional; V - estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; VI - descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs; VII - desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos; VIII - desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

<sup>101</sup>Art. 80. As iniciativas previstas no art. 42 da Lei nº 12.305, de 2010, serão fomentadas por meio das seguintes medidas indutoras: (...) V - fixação de critérios, metas, e outros dispositivos complementares de sustentabilidade ambiental para as aquisições e contratações públicas.

Trata-se de lei bastante avançada e com impactos de toda ordem, visto que as aquisições em geral - com o passar do tempo - transformam-se em resíduos sólidos, o que significa que a previsão de prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis, gera impactos direto nas compras públicas como um todo.

De acordo com as previsões contidas nessa lei, o produto ou serviço a ser contratado deverá ser avaliado em seu sentido mais amplo, levando em conta critérios “compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”. Os produtos, em especial, passam a ser analisados tendo em conta todo o ciclo de vida do produto, isto é, do berço ao túmulo.

Trata-se de uma técnica que permite a análise do impacto ambiental de um produto, sistema, ou processo. Essa avaliação é feita sobre toda a "vida" do produto ou processo, desde o seu início (por exemplo, desde a extração das matérias-primas no caso de um produto), passando por todas as etapas intermediárias (manufatura, transporte, uso), até o final da vida (quando o produto deixa de ter uso e é descartado como resíduo). Por essa razão, esta avaliação é também chamada de "avaliação do berço ao túmulo".

Segundo o artigo 3º, IV da lei nº 12.305/2010, o ciclo de vida consiste na “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

É por meio da análise do ciclo de vida que o preço efetivo de uma compra sustentável, que não pode ser avaliada do mesmo modo que uma compra sem esse atributo, pode ser realmente aferida, considerando-se o custo durante toda a sua utilização. Não se leva em conta – como ocorre nas compras em geral – tão somente os preços do produto em si (no momento de sua aquisição para uso), mas de toda a cadeia de produção até sua disposição final. É uma análise bem mais complexa, que analisa o produto e seu destino final em sua inteireza, a longo prazo<sup>102</sup>. Trata-se, na verdade, de uma das etapas necessárias para a realização de compras verdes, em exercício de função horizontal de cunho ambiental.

---

<sup>102</sup> Isso faz com que, numa análise primária, o produto ecoeficiente seja aparentemente mais caro. Todavia, se tomarmos em conta seu ciclo de vida, veremos que seu custo a longo prazo cai drasticamente em cotejo com produtos não ecológicos. É por essa razão que não se pode argumentar que a licitação sustentável seja mais cara que uma licitação comum. São certames diferentes para produtos diferentes e essa é uma premissa necessária para sua implementação.

No caso do Plano de Resíduos Sólidos, a importância da sua análise é reforçada pela previsão da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. Segundo o artigo 3º, inciso XVII, ela consiste no “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos *consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos*, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei” (grifo nosso).

Essa responsabilidade compartilhada entre o público e o particular com vistas a minimizar o volume dos resíduos sólidos e dos rejeitos gerados reforça a obrigatoriedade de realização de qualquer compra pública tendo por premissa o cumprimento desse objetivo. A licitação sustentável deve ser a regra e não a exceção e é preciso que ela assim passe a ser considerada, forçando a alteração do comportamento estatal e privado em prol do bem comum.

Em princípio, todas as aquisições, sejam elas de serviços ou materiais, podem e devem ser focadas em aquisições sustentáveis, isto é, que visem não apenas à satisfação da necessidade ordinária da Administração Pública ou de seus administrados, mas que concorram para o desenvolvimento nacional sustentável pelo fomento de uma sociedade economicamente viável, socialmente justa e ecologicamente correta (o famoso tripé da sustentabilidade – *The Triple Bottom Line*).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos institui uma obrigação ao Estado nesse sentido (embora nitidamente focada no prisma ambiental, embora haja toda uma política de cunho social no fomento às cooperativas de catadores de material reciclável e a economia seja beneficiária direta e indireta do manejo correto de resíduos sólidos). Responsabilidade compartilhada, licitação sustentável e ecoeficiência<sup>103</sup> devem andar juntas, direcionando a ação estatal.

---

<sup>103</sup>Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...) V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta.

### 2.1.5. Lei nº 12.462/2011

O Regime Diferenciado de Contratações – RDC, instituído pela lei nº 12.462/2011 é um exemplo claro da “adesão” às tendências sugeridas às compras públicas em todo globo. Tem como um de seus princípios (e não como um dos objetivos a ser buscado pela contratação pública, no que difere da lei nº 12.349/2010) o desenvolvimento nacional sustentável e, nesse panorama, estabelece em seu art. 4º uma série de modernas diretrizes da contratação e reforça outras normas nesse sentido que já estavam passando despercebidas na lei 8.666/1993.

Uma delas, patentemente uma política pública de cunho social (e que, portanto, é mais relevante para o tema tratado no presente trabalho), encontra-se em seu inciso V, o qual estabelece a previsão da “utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objetivo e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação”. Eis típico exemplo de contratação pública responsável, em exercício de função horizontal que tem por objetivo fomentar o emprego e o desenvolvimento da população local<sup>104</sup>,

---

<sup>104</sup>Estimular a contratação por parte da licitante de mão de obra local não se confunde com dar certas preferências ou privilégios a empresas estabelecidas em determinado estado federado, frise-se desde já. A respeito da inconstitucionalidade de lei nesse sentido inclusive já se manifestou o Supremo Tribunal Federal. Eia a ementa: REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LICITAÇÃO PÚBLICA. PREFERENCIA EM RAZÃO DA ORIGEM. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 9.-I E 8.-XVII-C. DECRETO 28438, DE 23.11.81, ART. L.- PARÁGRAFO 3., DO ESTADO DA BAHIA. INCONSTITUCIONALIDADE. E INCONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DE LEI ESTADUAL QUE DA PREFERENCIA, NAS LICITAÇÕES PUBLICAS, AS EMPRESAS ESTABELECIDAS NO ESTADO FEDERADO. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.(STF - Rp: 1187 BA , Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/04/1986, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 10-10-1986 PP-18924 EMENT VOL-01436-01 PP-00038). Nesse mesmo sentido: LICITAÇÃO. DEDUÇÃO, PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO NO JULGAMENTO, EM FAVOR APENAS DE FORNECEDORES ESTABELECIDOS NO DISTRITO FEDERAL. -OCORRENCIA DE DISCRIMINAÇÃO VEDADA PELA PARTE INICIAL DO INCISO I DO ARTIGO 9. DA CONSTITUIÇÃO, O QUAL DIZ RESPEITO TANTO A PESSOAS FISICAS QUANTO A PESSOAS JURIDICAS. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 6824, DE 22 DE JUNHO DE 1982, DO EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. (STF - Rp: 1201 DF , Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 10/04/1986, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 22-08-1986 PP-14519 EMENT VOL-01429-02 PP-00205). Ainda, considerando inconstitucional o Decreto nº 6824/1982 do Distrito Federal que autorizava a empresa lá sediada a descontar dos seus preços, nas licitações, os valores recolhidos a título de ICMS para efeito de classificação no julgamento do certame: LICITAÇÃO. DEDUÇÃO, PARA EFEITO DE CLASSIFICAÇÃO NO JULGAMENTO, EM FAVOR APENAS DE FORNECEDORES ESTABELECIDOS NO DISTRITO FEDERAL. -OCORRENCIA DE DISCRIMINAÇÃO VEDADA PELA PARTE INICIAL DO INCISO I DO ARTIGO 9. DA CONSTITUIÇÃO, O QUAL DIZ RESPEITO TANTO A PESSOAS FISICAS QUANTO A PESSOAS JURIDICAS. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A

estimulando uma dada região<sup>105</sup>.

Tem-se, ademais, a adoção das chamadas compras públicas sustentáveis, positivas ou ambientalmente amigáveis (e, portanto, a imposição de uma política pública horizontal de cunho ambiental - art. 4º §§1º e 2º da nº 12.462/2011), não apenas em razão da possibilidade de exigência de certificação, como pelas preocupações com a aquisição de bens levando em conta seu ciclo de vida do produto, e não mais apenas sua utilização imediata.

A aquisição pública passa a levar em conta mais de um momento da vida do produto, analisando sua economicidade “do berço ao túmulo” (levando-se em conta todo o seu ciclo de vida, ou seja, desde o planejamento e aquisição da matéria prima necessária à sua fabricação até o descarte final pós-consumo) ou mesmo do “berço ao berço” (em que se leva em conta a aquisição de um produto com base em seu ulterior regresso ao ciclo da natureza (compostagem) ou ciclo industrial (reciclagem)). Isso implica a produção de externalidade positivas da contratação pública, que passa a ter múltiplas finalidades (mediatas e imediatas), visando a atender a diversos interesses públicos (secundário, primário atual e primário das futuras gerações)<sup>106</sup>.

---

INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 6824, DE 22 DE JUNHO DE 1982, DO EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL.(STF - Rp: 1201 DF , Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 10/04/1986, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 22-08-1986 PP-14519 EMENT VOL-01429-02 PP-00205). Também nesse sentido: CONSTITUCIONAL. IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO ENTRE PARTICIPANTES DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VEDADO ASSEGURAR PREFERENCIA A QUEM ESTEJA SUJEITO AO PAGAMENTO DE ICM OU ISS NO ESTADO EM QUE SE FERE A LICITAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART-104 DA LEI N. 7.741, DE 23.10.78, DO ESTADO DE PERNAMBUCO, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI N. 8.262, DE 14.7.80 (STF - Rp: 1185 PE , Relator: DECIO MIRANDA, Data de Julgamento: 08/08/1984, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 14-09-1984 PP-14914 EMENT VOL-01349-01 PP-00060 RTJ VOL-00111-03 PP-00930)

<sup>105</sup>Previsão bastante semelhante já existe no artigo 12, IV da lei nº 8.666/1993. Lá há a previsão de alguns requisitos (não exaustivos) que devem ser considerados nos projetos básicos e projetos executivos e obras e serviços. Um deles é o impacto ambiental e outro é justamente a “possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação”. A determinação de utilização dos recursos disponíveis no local da execução do contrato contida no artigo 4º, V, do RDC reitera essa orientação, de modo que a Administração Pública pode disciplinar a formação da proposta a ser feita pelo particular. Segundo Marçal Justen Filho, “o dispositivo se orienta a assegurar a realização de uma função indireta da contratação administrativa. A utilização de recursos e da mão de obra locais propicia um efeito de transferência de riqueza para a região em que o contrato é executado. Assim se passa porque a contratação propicia benefícios para as empresas e os moradores locais. Portanto, há duas ordens de benefícios a serem considerados. Existe a contratação propriamente dita, que propicia a satisfação de uma necessidade coletiva. E há o aproveitamento de recursos materiais e humanos disponíveis na região, que propicia a elevação da riqueza local. Esse segundo benefício configura uma manifestação de uso indireto da contratação administrativa, de modo a promover outras políticas e a realizar outros valores que não a estrita execução do objeto contratual” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 88).

<sup>106</sup>Segundo Juarez Freitas: “Vale dizer, as licitações e contratações públicas, nos próximos tempos, obrigatoriamente terão de ser examinadas num horizonte intertemporal dilatado, mas responsável e consequente. E não só: impõe-se adicionalmente que todos os atos e contratos administrativos passem a ser sindicados à base do *princípio positivo da sustentabilidade*, que não é simples declaração programática. É

O Regime Diferenciado de Contratações reflete boa parte do que existe de mais moderno no mundo em termos de compras públicas e traz de modo contundente a tendência ao exercício cada vez mais frequente da função horizontal da licitação e da contratação administrativa, a par de outras tantas iniciativas nele estampadas.

A Lei nº 12.462/2011 traz como um de seus objetivos a promoção de “troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público” (ou seja, admite que por vezes a complexidade do objeto licitado demanda a obtenção de informações junto aos particulares para sua formulação, tendo o cuidado de “triar” os dados direcionados daqueles de índole técnica -art. 1º, §1º, I da citada lei). Ou seja, ela admite que a relação entre o público e o particular vem sofrendo alterações e que a eficiência e o sucesso de certas compras dependem de interação com os agentes disponíveis no mercado, antes mesmo da confecção do edital.

Tem como um de seus objetivos o incentivo “à inovação tecnológica” (art. 1º, §1º, II dessa mesma lei), o que se coaduna diretamente com o objetivo de “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, o qual, como veremos a seguir, possui cunho fortemente ligado ao desenvolvimento econômico nacional.

Aceita o orçamento sigiloso; aumento a possibilidade de negociação dos órgãos públicos com seus licitantes; abriga entendimentos consolidados dos tribunais de contas, abre as portas para a exigência de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação; prevê outras formas de remuneração, consagra o contrato de eficientização; estabelece a forma eletrônica e a divulgação pela internet como regra; prevê a contratação integrada; impõe novos critérios para desempate, e isso para citar apenas alguns exemplos.

Na verdade, são várias as suas previsões com vistas a viabilizar o atingimento de finalidades extraordinárias<sup>107</sup> por meio da contratação. Em especial, o RDC inova ao

---

*diretriz vinculante*, orientada para procedimentos e resultados, de cuja força normativa se podem extrair as regras comportamentais aptas a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública. Mais do que “verde”, quer-se uma licitação com todas as cores limpas” FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez./2011.

<sup>107</sup>As diretrizes contidas no artigo 4º da referida lei refletem bem esse viés. Em seu §1º temos previsão em reforço a normas de comando e controle estabelecendo que as contratações realizadas com base no Regime Diferenciado de Contratações devem respeitar especialmente as normas relativas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; à utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; à avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e à acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

prever “a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”. Ou seja, a aferição da vantajosidade tem em conta as externalidades positivas e negativas relativas ao processo produtivo ou à prestação do serviço<sup>108</sup>.

Daí sua tendência de, após esse período de testes que serão os grandes eventos e situações em que está prevista sua aplicação, seja ele verdadeiro paradigma para o surgimento de uma nova lei de licitações, mais consentânea com essa “toada” mundial. Trata-se de uma lei moderna (mas não sem equívocos e polêmicas – frise-se desde já), que assimila toda uma gama de diretrizes mundiais voltadas à contratação pública.

#### **2.1.6. Lei nº 12.349/2010**

Como pudemos ver pela sucinta análise de alguns diplomas normativos, o exercício da função horizontal na licitação e na contratação administrativa vai aos poucos ganhando corpo, ultrapassando a tendência única de criar novas hipóteses de dispensa de licitação<sup>109</sup> para a avançar para sua inserção no próprio certame, mantendo a competitividade e simultaneamente, promovendo a implementação de políticas públicas, a regulação de agentes e atores e o reforço de instrumento de comando e controle.

É nessa toada que temos algumas benesses legais destinadas a garantir o tratamento favorecido da microempresa e da empresa de pequeno porte nos certames em geral; o incremento de instrumentos que garantam o desenvolvimento de produtos manufaturados ou produzidos em sua maior parte em solo nacional, ou ainda a instituição de critérios de preferência por produtos ecoeficientes, no que vem sendo chamado de licitação sustentável, positiva ou ambientalmente amigável.

<sup>108</sup>A vantajosidade vista por esse prisma mais amplo será objeto de apreciação mais pormenorizada adiante.

<sup>109</sup>“Ultrapassando” não implica, de modo algum, a supressão desse meio de exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa, tanto que a própria lei nº 12.349/2010 estabelece novas hipóteses de dispensa de licitação com essa finalidade e, de certa forma, incentiva sua utilização ao alterar a redação da lei nº 8.958/1994 em seu artigo 3º e lá consignar que as “Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, sobre as quais dispõe a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos”.

A inserção da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” no artigo 3º da lei nº 8.666/93 como objetivo a ser buscado nas compras públicas – deixando extrema de dúvidas a possibilidade de seu uso extraordinário – foi, portanto, apenas o resultado direto de toda uma aceitação normativa desse viés político que vinha se desenhando há tempos.

A lei nº 12.349/2010<sup>110</sup>, destarte, ao inserir como um dos objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável<sup>111</sup>, estabelece, de forma cogente e com caráter bem mais abrangente que a lei nº 12.462/2011 acima mencionada, que a Administração Pública busque a concreção dessas políticas, adotando em seus editais especificações técnicas que visem à eficiência sustentável. Abrem-se as portas, por exemplo, para a aquisição de bens ecologicamente produzidos, geralmente mais caros e que, de outro modo, não seriam adquiridos tendo por base o menor preço<sup>112</sup>.

Nesse sentido, alerta Daniel Ferreira que:

Se por um lado se parte do pressuposto de que a função social da licitação realiza benefícios extraordinários, de índole ambiental (por exemplo), por outro é de se admitir que ela possa gerar, em contrapartida, uma reflexa “externalidade negativa”, o maior dispêndio para aquisição de bens ambientalmente seletos. Mas isso não é um problema, porque – como visto, - “prejuízo” estritamente econômico não revela um menoscabo do interesse público propriamente dito. No máximo, o interesse público secundário, patrimonial (da Administração e não da coletividade) é que será afetado. Não por acaso a própria lei nº 8.666/93, antes mesmo de agregar a terceira finalidade legal à licitação, já previa fatores de aferição de vantajosidade de propostas (“tipos” de licitação) que combinavam fatores econômicos com outros de índole técnica.

A compra pública cria externalidades positivas, mas também traz externalidades negativas, que desafiam os tradicionais paradigmas até então vigentes, em especial no caso das contratações tendo por base o menor preço<sup>113</sup>. É precisamente por não serem setores

<sup>110</sup>Até o advento da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010 (mais tarde convertida na lei nº 12.349/2010), o processo administrativo regulado por essa lei geral tinha como objetivos expressos no artigo 3º da lei nº 8.666/1993 a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

<sup>111</sup>O vocábulo “sustentável”, como veremos adiante, não existia na redação dada à Medida Provisória nº 495/2010, tendo sido inserido no texto normativo da lei nº 12.349/2010 quando tramitou na Câmara dos Deputados. O estudo desse histórico é importante para apreensão do significado de desenvolvimento nacional sustentável, de índole desenvolvimentista e atrelada pelo governo à ideia de desenvolvimento econômico com crescimento.

<sup>112</sup>Como veremos, mesmo no caso da utilização do tipo melhor técnica ou melhor técnica e preço, tem-se a problemática do subjetivismo que a adoção desses novos critérios pode vir a gerar, impondo a obrigatoriedade de fixação de parâmetros que garantam a competitividade nos certames.

<sup>113</sup>Não se pode deixar aqui de consignar a errônea concepção do que seja efetivamente o menor preço e do equívoco que considera-lo como tipo de licitação padrão sob o prisma unicamente monetário, sem abranger o verdadeiro alcance de seus termos. Não há na lei nº 8.666/1993 qualquer disposição a respeito do tipo

nem atores fortes o suficiente para progredirem sem qualquer estímulo, que se tem a implementação de políticas visando a seu incremento, auxiliando-os para que possam, já rebustecidos e funcionando em economia de escala, possam mitigar os preços por eles ofertados.

A lei nº 12.349/2010 dá à licitação e à contratação pública uma nova dimensão de índole indutiva: as compras estatais consagram-se como meio para desenvolvimento do mercado interno brasileiro, na medida em que favorecem a busca pela inovação tecnológica em território nacional, dando respaldo legal para que o Estado, como relevantíssimo consumidor que é, possa incentivar a evolução mercadológica pátria.

Ela alterou aspectos muito relevantes da lei nº 8.666/1993: afora a inserção de mais um objetivo à licitação (artigo 3º, caput), passou a prever a possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e para serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras (art. 3º, § 5º), bem como margem de preferência adicional para produtos manufaturados nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Estabeleceu mais uma forma de licitação exclusiva para as contratações destinadas à implantação, manutenção ou aperfeiçoamento de sistemas de tecnologia de informação e comunicação.

Dentre outras medidas, além disso, expressamente consignou, com vistas ao atendimento ao artigo 218 da Constituição Federal, alteração na redação da lei nº 10.973/2004, que passou a ter como uma das diretrizes do incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica “dar tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos

---

menor preço como regra geral, embora a leitura de apenas parte de seus artigos possa dar essa impressão. Com efeito, no parágrafo 1º de seu artigo 45 são estabelecidos os tipos de licitação existentes (quais sejam, menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta) e no artigo 46 determina-se que os tipos de licitação de melhor técnica ou melhor técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual. Como o tipo de licitação de maior lance ou oferta é de aplicação fática restrita, resta a ideia de que o menor preço é o tipo de licitação padrão, e assim vem sendo considerada pelo entes públicos que, ademais, aplicam uma visão restritiva de sua definição dada no inciso I do artigo 45 da lei de licitações. Desse modo, temos no Brasil a aplicação quase que generalizada das licitações de tipo menor preço, considerando como proposta mais vantajosa a que, atendendo as especificações do edital ou convite, seja a mais barata. Todavia, uma leitura mais abrangente e completa da lei nº 8.666/1993 (artigos 3º e parágrafos 5º, 6º, 7º, 8º e 12, bem como seu artigo 12), denota em vários pontos que a noção de vantajosidade não é tão somente de ordem econômica: o menor preço é o tipo de licitação de maior aplicabilidade, mas tem significação mais amplo do que o usualmente entendido, e as especificações contidas no edital podem trazer determinações específicas, bem como serem impostas outras tantas medidas em exercício de função horizontal, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das Instituições Científicas e Tecnológicas - ICT's”.

Ela foi inteiramente redigida para incentivar o exercício da função horizontal da licitação. Suas previsões são ampalmente voltadas ao uso do poder de compra estatal com vistas à concreção de objetivos extraordinários e constitucionalmente traçados. Isso cria um panorama diverso ao certame, agora também obrigatoriamente voltado à promoção do desenvolvimento nacional sustentável<sup>114</sup>. Mas qual o efetivo alcance dessa expressão e qual sua relação com as políticas de cunho econômico, social e ambiental?

A seguir, tanto o histórico da expressão “desenvolvimento sustentável” como o termo “desenvolvimento nacional sustentável” são devidamente analisados<sup>115</sup>, com suas relevantes peculiaridades, para que então possamos seguir na análise do perfil da função horizontal, as balizas interpretativas para seu exercício e os mecanismos para sua concreção.

#### ***2.1.6.1. Desenvolvimento sustentável: a dificuldade mundial de delimitação de um conceito unívoco***

A expressão “desenvolvimento sustentável” é dúctil, de difícil apreensão, sem contornos definidos desde seu nascedouro<sup>116</sup>. Desde seu surgimento mais efetivo no Relatório *Brundtland*, em 1997, vem se tentando, de todos os modos, encontrar uma definição que assente as várias vertentes por ele abrangidas. Contudo, como veremos a

---

<sup>114</sup>Desenvolvimento nacional sustentável, segundo nos parece, é agora uma regra (enquanto objetivo que é do processo licitatório, nos termos do art. 3º da lei nº 8.666/1993) e também princípio (em decorrência do que expressamente previsto para o Regime Diferenciado de Contratações) e denota a obrigatoriedade de, tendo por base a sociedade, a economia e o meio ambiente (seus três clássicos pilares), buscar por meio da compra pública a diminuição do consumo, a promoção de investimento e a ampliação da capacidade dos indivíduos, de modo a atender não só aos interesses públicos das presentes, mas também das futuras gerações.

<sup>115</sup>A compreensão acerca dessas expressões, segundo nos parece, é relevante para que se tenha em mente - como premissa interpretativa - a linha política brasileira traçada para o fomento do tripé da sustentabilidade”.

<sup>116</sup>Em feliz analogia com a fábula hindu dos setes sábios cegos e o elefante e sua moral sobre a impossibilidade de conhecermos todos os aspectos de um determinado problema, assevera José Eli da Veiga: “o lema do desenvolvimento sustentável em muito se assemelha a seus predecessores “direitos humanos” e “justiça social”- noções que tem em comum a maldição do elefante: tão difícil de definir quanto fácil de ser visualmente reconhecido, pois esforços normativos de “conceituá-los não conseguem superar certas dúvidas” (VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Ed. SENAC, 2010. p. 37).

seguir, foi justamente essa amplitude e pouca densidade que o levou ao destaque e premência nas discussões políticas nacionais e internacionais nos dias atuais.

Com efeito, o debate acerca dos limites ecológicos do crescimento ainda não chegou a conclusões definitivas sobre questões primordiais. Há os que defendam a infinita capacidade da ciência e da técnica (as quais conseguiriam equacionar os principais problemas da ação destrutiva do homem sobre a natureza), e os que entendem que o uso desmesurado de recursos naturais pode colocar tudo a perder, dada a inexorável escassez desses recursos e a voracidade avassaladora do consumo humano<sup>117</sup>.

O conceito de desenvolvimento sustentável consegue a incrível façanha de reunir sob si tais visões antagônicas. Logicamente, expressão capaz de abarcar visões de tal modo opostas traz subjacente a dificuldade de definição normativa para tal conceito, pois o que está em questão é, na verdade, a relação entre desenvolvimento econômico e meio ambiente.

Deveras, os últimos anos assistiram a uma radical transformação no debate sobre meio ambiente e desenvolvimento, ou seja, se seria possível continuar a crescer economicamente e, simultaneamente, proteger o meio ambiente. O que antes era trazido como um questionamento acerca da compatibilidade entre preocupações ambientais e desenvolvimento, passou a tratar de como o desenvolvimento sustentável pode ser alcançado, tomando como premissa a compatibilidade entre esses dois prismas.

Nas palavras de Marcos Nobre:

DS passou a ser a palavra-chave para agências internacionais de fomento, o jargão do planejador do desenvolvimento, o tema de conferências e *papers* eruditos e o *slogan* de ativistas do desenvolvimento e do meio ambiente. Parece ter ganho o apoio amplo que faltou a conceitos de desenvolvimento anteriores como ‘ecodesenvolvimento’, e está fadado a se tornar o paradigma do desenvolvimento nos anos 1990<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup>Existem duas correntes mais extremadas a respeito do tema. Os chamados tecnocêntricos radicais, neoclássicos, para os quais a capacidade inventiva da humanidade torna irrelevantes os limites ambientais ao crescimento econômico, o qual é capaz de, através de mecanismos de mercado e de condicionamentos a esse, acabar com as desigualdades sociais, de sorte que o custo ambiental seria irrelevante frente aos benefícios alcançados. Seria a adoção de uma curva de Kuznets ambiental: a partir de uma determinada renda per capita advinda do crescimento econômico, a degradação ambiental só aumentaria até certo ponto, a partir do qual passaria a declinar. Há, ainda, os ecocêntricos radicais, para os quais o meio ambiente apresenta limites ao crescimento econômico, sendo que a manutenção dos hábitos de produção e consumo atuais levaria a Terra à sua extinção. Isso significa que há limites absolutos à expansão do subsistema econômico, de modo que o crescimento terá de parar em algum momento.

<sup>118</sup>NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício Carvalho. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições IBAMA, 2002. p. 23. O referido texto, com dados históricos bastante completos e esclarecedores, serviu de base para a presente exposição.

A problemática ambiental desde a década de 70, quando ainda não se estabelecera o conceito de desenvolvimento sustentável, foi marcada por diferentes e sucessivas tentativas de institucionalização a fim de colocar as questões ambientais na pauta política internacional, de modo que elas passassem a conformar políticas públicas a serem implementadas nos diversos países. É precisamente lastreada no conceito de desenvolvimento sustentável que essa institucionalização será bem sucedida (tendo a Rio 92 como ponto culminante nesse processo), visto que esse conceito servirá como seu veículo em âmbito global e como ponto inicial da disputa política a ser travada quanto a seus limites.

A expressão “desenvolvimento sustentável” foi, portanto, noção que surgiu fadada ao sucesso, na medida em que foi (e ainda é) capaz de produzir consenso, ao mesmo tempo em que, por sua imprecisão patente, gere controvérsias e críticas. Em outras palavras, o fato é que foi exatamente essa vaguidão que primeiramente permitiu o engajamento de correntes contrárias na disputa para a definição de seus lindes, superando o que antes parecia um entrave intransponível: a impossibilidade de conciliação entre crescimento econômico e preservação ambiental.

Historicamente, a problemática ambiental surgiu na década de sessenta em cores fortes e dramáticas, com ampla carga, digamos, *neomalthusiana*: a utilização egoística e desmesurada dos recursos ambientais poderia gerar uma catástrofe sem precedentes, da qual não haveria retorno. Veio primeiramente atrelada à problemática da explosão demográfica e suas conseqüências. Basicamente, a inserção da questão ambiental no debate mundial veio através da ideia da *escassez*: o crescimento demográfico traria uma série de mazelas, sendo a principal a falta de recursos naturais para todos.

Nessa trilha, temos a publicação, em 1972, do importante *The limits to Growth*, de Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jorgen Randers e William W. Behrens III<sup>119</sup>. O debate em torno do livro trouxe o ponto principal de debate que balizaria a discussão sobre meio ambiente por mais de uma década: a ideia de “crescimento zero” como única solução, ou seja, a noção de desenvolvimento deveria ser necessariamente dissociada da ideia de

---

<sup>119</sup>O livro em questão foi escrito por pesquisadores do *Massachusetts Institute of Technology* – MIT a pedido do Clube de Roma e gerou enorme impacto no mundo todo ao prever que o aumento populacional e a manutenção dos níveis de consumo gerariam o fim dos recursos naturais disponíveis a menos que severas medidas protetivas do meio ambiente fossem tomadas (MEADOWS, Donella H. et al. *The limits to growth*. A Potomac Associate Books, 1972).

crescimento econômico, de modo que o ambiente só poderia ser preservado se o desenvolvimento agora passasse a se dar termos sociais.

Crescimento zero seria, destarte, uma forma de equilíbrio global, sem que isso implicasse estagnação, pois setores como educação, arte, música, religião, pesquisa científica básica, esportes e interações sociais poderiam continuar a florescer.

Parece claro que a teoria do crescimento zero não poderia ter qualquer adesão por parte dos países subdesenvolvimento ou em desenvolvimento, na medida em que pregava o oposto ao quanto almejado por esses países, naturalmente sedentos por crescimento econômico e carentes da infraestrutura e bem-estar já amealhados pelos países ditos centrais.

Nessa fase, ainda se está longe de alguma reação conjunta por parte dos países do Terceiro Mundo, que só ocorrerá efetivamente em 1982, na sessão especial do *United Nations Environment Programme - Unep* em Nairobi, mas a rejeição a tese do “crescimento zero” por esses foi geral.

Ainda houve uma tentativa de coalização através da introdução do conceito de ecodesenvolvimento, quando se reconhece que o progresso científico minora os limites ambientais, mas não os elimina, bem como se coloca a problemática do crescimento econômico como condição necessária, mas não suficiente para a eliminação da pobreza e das discrepâncias sociais<sup>120</sup>. Todavia, o embate crescimento econômico e meio ambiente ainda trazia forte impacto dos debates da década de setenta, não permitindo sua efetiva e universal adesão.

Diante dessas profundas diferenças e variações locais, a evidenciar um conflito nítido de visões entre o Norte e o Sul, dois pontos podem ser detectados com clareza: o primeiro deles é a rejeição diversificada, porém unânime dos países do Terceiro Mundo no que concerne à imposição de limitações ao crescimento econômico como forma de resolver a relação entre desenvolvimento e meio ambiente; e a segunda, concernente à constatação

---

<sup>120</sup>Segundo o professor de economia da Unicamp, Ademar Romeiro: “O tempo joga a favor de uma atenuação da clivagem, de uma certa convergência entre as duas posições. Numa certa medida, esta convergência se explica pelos efeitos contraditórios do progresso técnico e científico induzido pelo aumento da magnitude da pressão do sistema econômico sobre o meio ambiente: por um lado, a compreensão da ameaça de seus impactos ambientais fica mais clara (embora controvertida) – efeito estufa, destruição da camada de ozônio, *etc*; por outro, o aumento da eficiência na prospecção e na utilização dos recursos naturais, reduziu seus preços, desautorizando as previsões catastróficas do Clube de Roma. Além disso, a ideia de crescimento econômico como condição necessária e suficiente para o desenvolvimento socioeconômico desaparece com as constatações reveladas pela crise dos anos 80, sendo o Brasil o caso paradigmático: o crescimento econômico por si só podia ser terrivelmente excludente” (ROMEIRO, Ademar R. *Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares. Texto para discussão, IE/UNICAMP, Campinas, n. 68, abr. 1999*).

de que, independente da linha seguida, até o advento da expressão desenvolvimento sustentável, o debate é cingido por essa relação ambiente *versus* desenvolvimento.

Marcos Nobre delinea o impasse então vivido:

Do ponto de vista diplomático, não havia meio de se chegar a algum acordo internacional de caráter global que fosse consistente. Simplesmente porque a posição mesma do problema impedia qualquer acordo. E a equação era bastante simples: se há contradição entre desenvolvimento capitalista (no sentido de “desenvolvimento econômico”) e meio ambiente, não há porque se defender o capitalismo. Se não há contradição entre os dois termos, não há porque impor restrições à utilização de recursos naturais<sup>121</sup>.

Só dez anos mais tarde, em 1982, em sessão especial ocorrida em Nairobi dedicada a fazer um balanço dos dez anos que se seguiram à Conferência de Estocolmo é que os países do Terceiro Mundo mudariam de posição. Mas para entendê-la é preciso antes analisar o que ocorreu em 1980, em que temos um marco da discussão ambiental: a publicação do *World Conservation Strategy, da International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN)*.

Essa publicação foi estratégica na medida em que se retirou do debate ambiental existente e disseminou a ideia de preservação e de conservação, abrindo caminho para o desenvolvimento sustentável tal como seria posteriormente trazido através do Relatório Brundtland. Essa publicação, destarte, esteve na linha de frente para articular e popularizar o desenvolvimento sustentável, dando-lhe a publicidade devida e introduzindo-a nas plataformas políticas internacionais<sup>122</sup>.

Foi esse encaminhamento estratégico, de recuo em relação a questões polêmicas e ênfase nas convergências, que resultou numa guinada na atitude dos países do Terceiro Mundo, que passaram da rejeição à teoria “crescimento zero”, de problemática aparentemente insolúvel, para um acordo que contasse com o apoio dos países em desenvolvimento, chegando-se a um conceito de desenvolvimento que necessariamente tomasse em conta as questões ambientais.

Foi naquela sessão especial do Unep que os participantes decidiram propor à Organização das Nações Unidas o estabelecimento da Comissão Mundial sobre Meio

---

<sup>121</sup>NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício Carvalho. op. cit., p. 37.

<sup>122</sup>Id. Ibid., p. 31.

Ambiente e Desenvolvimento (WCED). Eis a famosa Comissão Brundtland, que iria publicar seu impactante relatório 05 anos depois.

Por ocasião do Relatório *Brundtland*, o termo desenvolvimento sustentável foi então introduzido como um conceito político, cujo objetivo era a institucionalização da problemática ambiental e, de outro lado, a perpetração de uma aliança com os países em desenvolvimento.

Com efeito, o conceito lá adotado de desenvolvimento sustentável é claramente impreciso. É definido basicamente como “aquele que satisfaz as necessidades atuais sem sacrificar a habilidade do futuro em satisfazer as suas”<sup>123</sup>. Mas o que isso significa realmente?

É fácil notar que se trata de um conceito sem densidade material, até porque seu intuito primeiro foi o de ser, antes de tudo, totalizante. Sem dúvida alguma, o conceito de desenvolvimento sustentável conseguiu colocar a questão ambiental na agenda internacional.

Todavia, o que se vê a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UnCED) ocorrida no Rio de Janeiro em 1992 é um passo ulterior, de disputa pela materialização desse conceito, processo até hoje inacabado.

O ambiente pós Guerra Fria altera o eixo das relações políticas, que passam de Leste-Oeste para Norte-Sul, e a questão ambiental passará a ser enfrentada por esses dois lados com variáveis mesmo dentro desse novo binômio.

Mais uma vez vale a pena replicar as palavras de Marcos Nobre:

No caso da Rio-92, os limites políticos estavam justamente nos dois elementos do “desenvolvimento sustentável” levantados pelo Secretariado da Conferência, pelos países do Sul e pelas ONGs: na relação entre meio ambiente e desenvolvimento e na relação entre desenvolvidos e não-desenvolvidos.

(...)

Não se trata mais da ameaça (pois assim os países pobres interpretavam então a posição dos países ricos) de impedir o crescimento, mas de definir quem deve pagar pelo desenvolvimento sustentável e quem determina (e como determina) o que deve ser um desenvolvimento autenticamente sustentável<sup>124</sup>.

<sup>123</sup>COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO - CMMAD. *Nosso futuro comum*. 2 ed. Tradução de *Our common future*. 1. ed. 1988. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

<sup>124</sup>NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício Carvalho. op. cit., p. 56-57.

A problemática de definição na seara internacional do que seja desenvolvimento sustentável ainda existe e, como vimos, está longe de uma solução, pois se refere ao complexo desafio de estabelecer quem, afinal, pagará a conta pelo que já foi feito ao meio ambiente; como deverão agir aqueles países que ainda pretendem uma evolução econômica que demanda necessariamente a exploração veemente de recursos naturais não renováveis; e como serão as regras de agora em diante.

Contudo, apesar do dilema sem solução que de certa forma esvazia o conceito, há a clara a preponderância pela inserção do termo desenvolvimento sustentável como parte do processo econômico, adotando-se a teoria neoclássica tradicional e majoritária (que insere o meio ambiente com um fator econômico, submetendo esse à economia e não o contrário).

No caso do Brasil, parte importante que é dos chamados países em desenvolvimento, embora não haja uma definição expressa a respeito, tem-se claramente uma política voltada ao crescimento econômico (ainda utilizado politicamente em solo pátrio como a panaceia para todos os severos problemas distributivos nacionais) e o termo desenvolvimento sustentável deve ser compreendido (ainda que sem maior objetividade), sob essa perspectiva.

Em outras palavras, desenvolvimento sustentável, para o Brasil, implica promoção da sustentabilidade com o incremento do crescimento econômico<sup>125</sup>, e a lei nº 8.666/1993 deve ser interpretada partindo-se dessa premissa.

Isso salta aos olhos especialmente no caso da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” de que trata o artigo 3º da lei de licitações, com a nova redação dada pela lei nº 12.349/2010, nitidamente de cunho fomentador da economia nacional, bastando como prova a nota de que a MP nº 495/2010 só falava em “desenvolvimento nacional” e só no Congresso Nacional a palavra “sustentável” lhe foi acrescida.

Trata-se de dado importante. Se a Medida Provisória nº 495/2010 não previu em sua redação como um dos objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional “sustentável”, o termo que nela constava era tão somente o “desenvolvimento nacional”, e foi com base nessa inclinação em prol do uso da contratação pública para o fomento econômico nacional que seus ditames foram traçados.

---

<sup>125</sup>Como reforço a essa afirmação, o Plano Brasil Maior indica o uso do poder de compras público como forma de ação na estrutura setorial da economia nacional, por meio de setores considerados prioritários, tais como bens de capital, químico-petroquímico, o complexo da Saúde, as tecnologias da informação e comunicação (TICs) e as indústrias espacial e de defesa. Outro objetivo da política é o fomento à competitividade por meio de preferências aos micro e pequenos empresários.

Tanto é assim que, quando temos o acréscimo no Congresso Nacional da expressão “sustentável” na conversão da medida provisória citada na lei nº 12.349/2010, não há, todavia, uma efetiva adaptação da redação total daquele instrumento normativo a essa nova realidade.

Com isso, ainda que tenhamos a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos a serem buscados pelas licitações e contratações administrativas, o fato é que a lei nº 12.439/2010 replicou a tendência da medida provisória que lhe deu origem, prevendo situações para a aplicação da margem de preferência ligadas ao desenvolvimento meramente em sua acepção econômica, não trazendo qualquer hipótese que guarde pertinência com questões de cunho ambiental e muito menos social.

Na verdade, a lei nº 8.666/1993, reconhecidamente de cunho bastante procedimental, não foi alterada de modo a detalhar a inserção de critérios ambientais e sociais em seus preceitos.

Não há, como facilmente pode ser constatado, a criação de qualquer margem de preferência para produtos, obras ou serviços que atendam a critérios ambientais ou visem à justiça social: a preferência prevista na lei é tão somente para produtos manufaturados nacionais e, adicionalmente, para produtos nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país.

Essa ausência de critérios socioambientais na lei está sendo “contornada” pelo Decreto nº 7.746/2012, que regulamenta o artigo 3º da lei nº 8.666/1993. Esse Decreto veio “corrigir” a clara ausência de critérios ambientais no Decreto nº 7.546, de 02 de agosto de 2011, que especificamente regulamentou a margem de preferência estabelecida pela lei nº 12.349/2010, criando ainda a Comissão Interministerial de Compras Públicas – CI-CP, e que contém apenas previsões de cunho econômico.

O Decreto nº 7.746/2012 cria a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP (mais uma comissão, portanto), estabelece a possibilidade (e não o dever) de que a administração pública federal adquira bens e contrate serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório; retrogradamente, determina a necessidade de justificativa na utilização desses critérios e traça em seu artigo 4º diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, quais sejam: menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; preferência para materiais, tecnologias e matérias-

primas de origem local; maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Nota-se, pela leitura dos dois decretos, nítida dissociação entre a outrora busca do “desenvolvimento nacional” (unicamente de cunho econômico) e a atual promoção do “desenvolvimento nacional sustentável” (cujo decreto regulamentar inclui tão somente a inserção de critérios ambientais e sociais, e ainda com índole apenas facultativa e mediante expressa motivação na sua instituição).

Na prática, portanto, a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” ainda está longe de abarcar amplamente o triplo aspecto da sustentabilidade, denotando uma visão de certo modo distorcida, descompassada e restrita do conceito de sustentabilidade, inclusive com força normativa discrepante (com a instituição de instrumentos facultativos na inserção de critérios socioambientais nas compras públicas e, de outra banda, a obrigatoriedade dirigida à Administração Pública Federal de utilização das margens de preferência previstas na lei nº 8.666/1993).

## ***2.2. O Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013 – o Projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos***

O Projeto de Lei nº 559 do Senado<sup>126</sup>, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências possui 176 artigos e resolve uma série de problemas hoje vivenciados por aqueles que atuam – quer na qualidade de órgão licitante e contratante, quer como particular licitante ou como contratado- no universo das compras públicas.

Em linhas gerais, boa parte da jurisprudência já pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União foi incorporada ao texto; fica mais claro quem está sujeito a seus ditames (artigo 1º); tem-se o cadastro eletrônico de padronização de compras serviços e obras, facilitando a compra pelos órgãos em geral (art. 5º, X); a contratação integrada passa a integrar a lei geral (art 5º, XVI); o cuidado com questões ambientais passa a ser uma constante de obrigatória observância nos projetos a serem apresentados (art. 5º, I, XXXIV);

---

<sup>126</sup>Não foram analisadas as emendas de plenário e demais alterações propostas ao projeto de lei em epígrafe.

cria-se a possibilidade de contratação de serviço de empresa ou profissional especializado para assessorar a comissão de licitação em obras de grande vulto (art. 7º §5º); o gestor do contrato poderá requerer a designação de equipe de apoio (terceirizada ou não) para a fiscalização de documentação e de execução (artigo 8º §§ 1º e 2º); fica assegurado aos agentes integrantes de comissão, gestores de contratos e etc as necessárias capacitação e qualificação (art. 9º); há a previsão da possibilidade de inversão de fases na licitação desde justificadamente (art 19 §1º); deixam de existir as modalidades tomada e preços e convite (as modalidades de licitação passam a ser apenas o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão – art. 36); o orçamento passa a ser em regra sigiloso caso haja previsão nesse sentido (art. 23); a responsabilidade do parecerista jurídico é atenuada em face do que vinham entendendo o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União (art. 24); passam a ser muitos dos tipos de critérios para julgamento da licitação, consolidando o que já havia na prática (menor preço, maior desconto, técnica e preço, maior lance, maior retorno econômico e melhor técnica – art. 41); cria-se a obrigatoriedade de que os órgãos e entidades da Administração Pública em realizem licitações mantenham registros cadastrais não apenas para efeito de habilitação, mas também com o intuito de atestar o cumprimento de obrigações pela contratada (art. 31); as condições de habilitação passam a ser jurídica, técnico-profissional, técnico-operacional, fiscal, social e trabalhista e, ainda, econômico-financeira (art. 47); o credenciamento é por fim regulamentado como uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, dando fim ao vácuo legislativo existente (art. Art. 56, I e 59); a pré-qualificação e o registro de preços, a par do já mencionado credenciamento, são minudenciados (arts. 58 e seguintes); o prazo para rescisão contratual por atraso no pagamento pela Administração Pública cai de 90 para 60 dias; a indicação de marca passa a ser possível dentro de certos parâmetros, bem como sua exclusão (arts. 68 e 69); etc.

Especificamente no que concerne ao exercício da função horizontal da compra pública temos nos incisos I e IV do artigo 4º alguns objetivos que lhe guardam direta relação, deixando inequívoco seu caráter cogente. Eis o que ele diz:

Na aplicação desta Lei serão observados os princípios e diretrizes da legalidade, impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da motivação e da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade.

Parágrafo único – A licitação tem por objetivos:

I- Assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao *ciclo de vida do objeto* e o tratamento isonômico entre os licitantes;

(...)

IV- incentivar a inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.

O inciso I traz a determinação de que se leve em conta obrigatoriamente o ciclo de vida do produto na hora de licitar. Como veremos especificamente no Capítulo 4 ao tratarmos dos mecanismos para o exercício da função horizontal da contratação administrativa, trata-se de previsão essencial para o fomento de produtos ecoeficientes ou ambientalmente amigáveis.

A obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração sob o prisma qualitativo inclui a análise do “berço ao túmulo”, de modo que toda a cadeia produtiva, da matéria-prima à sua disposição final, terão de ser considerados pelo edital e exigidos dos licitantes<sup>127</sup>.

O inciso IV, de sua banda, estatui a busca de duas finalidades extraordinárias da compra pública: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável no território nacional (em seu triplo aspecto social, ambiental e econômico, com todas as implicações analisadas no presente trabalho) e o incentivo à inovação tecnológica.

As duas previsões acima, pelo caráter geral que possuem de objetivos a ser alcançados pela licitação, são de grande abrangência, impactando nos certames como um todo: as finalidades indiretas devem ser alcançadas por meio da previsão de mecanismos tanto na licitação quanto na contratação administrativa.

O mencionado projeto de lei prevê ainda: a impossibilidade de o edital estabelecer para o consórcio formado exclusivamente por micro e pequenas empresas o acréscimo de até 30% na qualificação econômico-financeira exigida do licitante individual de que trata o art 15 §1º; ter como critério de desempate (após negociação com vistas a nova proposta e avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes), a preferência, sucessiva, aos bens e serviços produzidos no País, produzido ou prestado por empresas brasileiras ou produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de

---

<sup>127</sup>Como se dá a inserção de critérios sociais e ambientais nos certames é objeto do Capítulo 4 desta tese.

tecnologia no país (art. 28<sup>128</sup>) ; tem-se a previsão de margem de preferência a produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (art. 29), muito similar ao que atualmente consta na lei nº 8.666/1993 e, ainda, está expressamente consignado o dever de buscar a ampliação da competição e evitar a concentração no mercado (o que reforça a função horizontal negativa de coibir a formação de monopólios, tratada com mais pormenor no capítulo 4).

Segundo nos parece, o projeto de lei em questão não tratou do assunto como deveria. Mais uma vez as margens de preferência são voltadas totalmente ao desenvolvimento econômico, esquecendo-se da sustentabilidade; a possibilidade de inserção de critérios ambientais no objeto contratual ou na especificação técnica não fica clara; a previsão de obrigações contratuais de cunho social a serem impostas ao contratado não foi enfrentada. Os casos de dispensa de licitação com finalidades extraordinárias é drasticamente reduzido, o que é positivo, mas não dá pra saber como aqueles atores e setores outrora beneficiados serão tratados nos futuros certames.

Ademais, não se pode deixar de consignar que o exponencial aumento nos valores abaixo dos quais será possível a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor configuram um grande retrocesso, até porque se referem a objetos que geralmente são prestados por micro e pequenas empresas e para os quais a competitividade pode perfeitamente ocorrer, inclusive com a incidência de diversos mecanismos para o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa.

Com efeito, o artigo 57 em seus incisos I e II do projeto de lei assim determina:

Art. 57 – É dispensável a licitação:

I – para a contratação de obras e serviços de engenharia, em valor de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas;

II – para a contratação de outros serviços e compras, em valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma

---

<sup>128</sup>Art. 28 – Em caso de empate, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: I- disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; II – a avaliação de desempenho contratual prévio dos licitantes, para o que deverá preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeitos de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei. §1º - Em igualdade de condições, não havendo desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I-produzidos no País; II- produzidos ou prestados por empresas brasileiras; III – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. §2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicam a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

mesmo serviço ou compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Deveras, ainda que com a nova redação dada ao inciso IV<sup>129</sup> do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/2006 pela Lei Complementar nº 147/2014, se possa aferir que as compras com dispensa de licitação em razão do valor devam ser realizadas preferencialmente com microempresas e empresas de pequeno porte, o fato é que o aumento do valor para utilização desses dispositivos em patamar tão alto vai contra a finalidade extraordinária de fomento desses atores, de aumento de sua participação no mercado público.

No caso, a conveniência e oportunidade que justificam a dispensa de licitação devem ser repensadas, pois era ampla a possibilidade de competição e ingresso de novos agentes no mercado e isso era uma das finalidades das benesses previstas na lei. O capítulo que trata das aquisições públicas e que traz dispositivos relevantes para o acesso aos mercados pelas microempresas e empresas de pequeno porte corre grande risco de ser soterrado pelo artigo 57, na contramão da evolução trazida pela lei complementar 123/2006.

### ***2.3. Um novo olhar sobre a compra pública***

Após esse breve apanhado histórico sobre as compras públicas nacionais, não se pode deixar de notar a necessidade de alteração de seu regramento face à nova realidade existente. Uma vez que o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa passa a ser agora uma obrigação ainda mais reforçada pelos ditames da lei nº 12.349/2010, não há a menor dúvida de que aprimoramentos precisam ser feitos pois, se o arcabouço legal existente já não atende às necessidades de ordem microeconômica, a situação será ainda mais agravada sem o uso eficiente e planejado do poder de compra estatal para fins extraordinários.

Um dos principais problemas existentes na lei nº 8.666/1993 encontra-se no fato de que seus ditames partem da premissa de que há uma concorrência perfeita entre os agentes, isto é, há grande número de compradores e empresas e nenhum agente econômico pode

---

<sup>129</sup>Art. 49 – Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 das mesma lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

exercer qualquer influência sobre os preços; os produtos são homogêneos (idêntico ao de qualquer outro vendedor); há perfeito conhecimento do mercado e cada agente pode entrar e sair do mercado respondendo às variações dos preços e dos custos dos serviços.

Como pondera André Lucirton Costa,

As características do procedimento da licitação praticamente simulam todas as condições de mercado estabelecidas para definir o modelo de concorrência perfeita (Costa, 1994). O produto é padronizado através de uma especificação que não alije participantes. Busca-se o maior número de concorrentes que possam participar do processo de compra com base naquela especificação. Publica-se a concorrência em jornais de grande circulação para dar conhecimento ao público. Finalmente, define-se como critério de classificação, ou escolha do fornecedor, uma metodologia que invariavelmente tem como base o preço do produto, para recolher as supostas vantagens do mercado, tal qual a concorrência perfeita.

É interessante observar como a Lei de Licitação tende a buscar, em sua sistemática, as condições do mercado perfeito para, pelo menos em tese, operar a oposição entre concorrentes quase nos moldes descritos pela teoria econômica para a concorrência perfeita. A lei parece partir dos princípios de que nenhum fornecedor tem as condições de influir no mercado, os produtos são totalmente idênticos entre si (a lei não permite direcionamento do objeto) e os preços são dados pelas condições de oferta e procura, reflexo do mercado global do produto<sup>130</sup>.

A realidade, porém, mostra-se bem diversa, na medida em que a concorrência perfeita nada mais é que uma abstração. O agente econômico, justamente a fim de descartar seu produto dos demais (para fugir da homogeneidade do produto que em nada o distingue e o insere em concorrência direta com outros tantos vendedores) tende a atuar no que os economistas chamam de modelo de concorrência monopolística, diferenciando seu produto (ou serviço).

“Quando existe essa diferenciação, seja qual for seu grau, cada vendedor desfruta de um monopólio absoluto de seu produto, mas está sujeito à competição de sucedâneos mais ou menos imperfeitos. Posto que cada um é monopolista e possui competidores, podemos designá-los como “monopolistas em competição”<sup>131</sup>.

Segundo essa teoria, os agentes estão sempre procurando uma vantagem para alcançar o maior grau possível de monopólio num determinado mercado específico. Essa

<sup>130</sup>COSTA, André Lucirton. Licitação, concorrência e preço: análise da Lei de Licitação com base em modelos de concorrência e formação de preços. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 200, maio/jun. 1998.

<sup>131</sup>Id. *Ibid.*, p. 202.

vantagem pode se dar sob a forma de preço, tecnologia, processo de fabricação, etc. O monopólio surge em razão da diferenciação<sup>132</sup>, que pode ser superada a curto, médio ou longo prazo por outro agente que melhor maneje sua cadeia produtiva e diferencie melhor seu produto.

Esse sistema de mercado de concorrência monopolística aproxima-se bem mais da realidade do que o modelo da concorrência perfeita e a falta da real compreensão de como os agentes econômicos atuam verdadeiramente no mercado traz consequências negativas ao sistema de compras estatal.

Se as empresas são diferenciadas, se seus produtos e serviços são diferenciados, a concorrência ocorre precisamente em virtude dessa diferenciação, e ela que traz para a sociedade avanços tecnológicos, organizacionais, de qualidade e de preços. A concorrência se dá em decorrência fator diferenciado e é precisamente esse o aspecto hoje aliado na lei de licitações.

A efetiva concorrência não se dá unicamente em razão do preço e a especificação do objeto a ser licitado de modo a abarcar todos os agentes do mercado tende a beneficiar justamente aquele que não investiu na evolução dos seus produtos ou serviços. Em outras palavras, a lei de licitações força a equalização, numa mesma especificação técnica de produtos que são diferenciados entre si, a fim de que não haja o direcionamento do certame. Ocorre que ao assim fazer, as empresas com produtos de menor preço – e isso se dá em geral pela falta de investimento na diferenciação – possivelmente vencerão a licitação.

As consequências dessa sistemática são vistas em boa parte das repartições públicas. Há grande possibilidade de o departamento de compras não adquirir o produto do líder momentâneo do mercado (exceção seja feita ao sistema de padronização), aquele que desenvolveu uma particularidade no seu produto, que fez os consumidores elegerem-no (quando gastam uma certa quantia na sua aquisição), o melhor produto, a , melhor empresa.

Não se pode “dirigir” o objeto e, quando se “abre” a especificação, as empresas com menor preço (afirma a referida teoria que o líder do mercado se torna, provisoriamente, monopolista, com um preço maior do que seus concorrentes) e menor “composto mercadológico” (produto, ponto, propaganda e preço) possivelmente ganharão a licitação.

---

<sup>132</sup>A diferenciação tanto pode ser real, em decorrência de diversidade do produto em termos de composição química, serviços oferecidos, potência, custo de insumo, etc, como também pode ser apenas fictícia, isto é, a diferenciação do produto é baseada unicamente em despesas de propaganda, marca, embalagem utilizada, etc. Para os fins de nossa tese, o que importa são as diferenciações reais, que importam num aprimoramento do produto final.

Atualmente, o processo licitatório no Brasil é o mesmo para pequenas compras ou para construção de grandes obras, ou seja, independentemente de seu objeto. Esta uniformidade de procedimentos leva a uma total falta de flexibilidade na gestão do processo de compras, que se traduz em sucessivas tentativas de fuga a seu regime geral por meio da criação de hipóteses de dispensa de licitação ou ainda de leis dela destoando.

Este último fator, aliado ao fato de a licitação ser decidida com base no menor preço, parece justificar algo que pode ser observado nas instituições públicas: a aquisição de materiais (principalmente de consumo corrente) com qualidade aparentemente ruim ou pelo menos pior do que a daquele material que o servidor ou o cidadão (que também são consumidores) estão acostumados a comprar para seu uso pessoal. Esse consumidor, a despeito de qualquer teoria econômica, sabe que não se deve comprar nada com base exclusiva no preço: outros fatores também são importantes. Neste caso a sabedoria popular chegou antes da jurídica<sup>133</sup>.

Apenas a constatação acima no sentido de que a padronização forçada pela lei de licitações vai contra justamente o fator de diferenciação responsável pela efetiva concorrência entre os agentes econômicos no mercado já justifica sua modificação, na medida em que denota seu descompasso com a realidade e a impossibilidade de assegurar qualidade à aquisição estatal.

Esse aspecto é especialmente relevante para as chamadas compras verdes e para o fomento à inovação tecnológica. Com a necessidade de desenvolvimento de técnicas produtivas cada vez mais sustentáveis, o custo de investimento na diferenciação é componente relevante das compras ecoeficientes e os produtos apresentados pelos diversos agentes podem apresentar características singulares de difícil “homogeneização” a ser inserida no objeto contratual. Ainda, por mais que já se tenha a consciência de que, nesse caso, a inserção de critérios ambientais poderá encarecer o produto porque se trata de preço diferente para um produto diferente, essa situação não deveria ser tratada como excepcional, mas como regra geral.

Na verdade, o regramento de compras nacional deve buscar a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” e a contratação de obras, serviços e produtos deve levar em conta essa sustentabilidade (econômica, social e ambiental) de forma geral, o que demanda um novo enfoque sobre o objeto do certame, tendo em conta o próprio funcionamento dos agentes econômicos em regime de concorrência monopolística e não de concorrência perfeita.

---

<sup>133</sup>COSTA, André Lucirton. op. cit., p. 205-206.

O mesmo seja dito em relação à inovação tecnológica. Muito mais do que por meio da instituição de margens de preferência, a busca pela diferenciação dos produtos sob esse viés da inovação certamente seria estimulada se o regramento de compras estatal conseguisse ao menos pontuar tal fator em todos os certames em que cabível tal estipulação (e não apenas no diminuto universo do tipo técnica e preço). O que temos hoje é a necessidade de criar uma nova regra geral e não de inserir cada vez mais exceções a ela.

Ainda no tocante à especificação do objeto a ser licitado, a lei nº 8.666/1993 deixa a cargo do setor de compras sua inteira elaboração, sem ter em conta que as obras, produtos e serviços na sociedade atual podem por vezes apresentar tamanha complexidade, que a troca de experiência e informações com os agentes econômicos respectivos se torna necessária para um desenho fiel daquilo que se pretende contratar. A lei do Regime Diferenciado de Contratação, com dito acima, corrige essa questão permitindo essa interface, mas isso deve ser inserido como regra geral em futura lei de licitações, de modo a torna-la mais consentânea com a Administração Pública Consertada contemporânea.

Mas os problemas atuais da lei nº 8.666/1993 não param por aí. Não importa se o objeto é simples ou complexo: todos os certames devem seguir seu formato, o que – a depender da avença - causa dificuldades em sua gestão eficiente.

Nas palavras de Vitor Rhein Schirato, a lei nº 8.666/1993 apresenta atualmente duas inadequações principais: ela tenta abarcar todas as situações, como se fosse possível um regime único de contratação e, além disso, prescreve a utilização acrítica do elemento subjetivo para identificação do contrato administrativo, que é, em grande medida, decorrência da uniformização de regimes dos contratos administrativos. A Lei de Licitações adotou um critério subjetivo para a determinação do regime público e, com isso, não apenas todos os contratos celebrados pela Administração Pública terão o mesmo regime (contrato administrativo), mas também todos os contratos celebrados por todas as pessoas integrantes da Administração Pública terão o regime de contrato administrativo. Ao tentar igualar tudo e todos, a lei nº 8.666/1993 acaba por ensejar uma fuga a seus ditames.

Segundo o autor:

De uma aplicação de um pretense regime jurídico único da lei nº 8.666/93, chega-se a uma completa inaplicabilidade nos casos de associações e mecanismos consensuais de exercícios de funções autoritárias.

Isto demarca, segundo me parece, um esgarçamento da teoria dos contratos administrativos no Brasil. Com a evolução e o estreitamento das relações entre o Poder Público e iniciativa privada, vai fazendo cada vez menos sentido falar em cláusulas exorbitantes ou em relações verticais entre as partes, o que impele a uma evolução tendente – ao que me parece – ao abandono da ideia clássica de contrato administrativo e à chegada a uma contratualidade plena a vincular a Administração Pública e a iniciativa privada<sup>134</sup>.

Há ainda a questão da vantajosidade, que precisa ser redimensionada ante a essa nova realidade. O fato é que a qualidade aparece como um de seus elementos mas, na prática, ela é muito mais ligada à questão do preço e à garantia de isonomia entre os licitantes<sup>135</sup>, como se a exigência de qualidade devesse ser sacrificada em prol desses dois fatores. Segundo nos parece, o conceito de vantajosidade a ser adotado no Brasil deveria ser semelhante à expressão *Value For Money – VFM*, adotada principalmente para aferir o que a instituição de parcerias público privadas podem oferecer em cotejo com a contratação ordinária<sup>136</sup>.

Sua essência tangencia a questão da economicidade (relação custo/benefício), mas vai além. É termo utilizado para avaliar a utilidade derivada de cada compra ou soma gasta, não apenas tendo em conta o menor preço, mas também com a máxima eficiência e efetividade da compra.

Ela denota exatamente o grau de verdadeira vantajosidade de uma determinada compra, aferindo se um determinado ente obteve o máximo benefício dos produtos ou serviços dentro dos recursos existentes para isso. Não só é medido o custo de bens e serviços, mas também tem em conta a qualidade, custo, utilização de recursos, adequação à finalidade, etc. O *Value for Money-VFM* pode ser descrito em termos de "três Es" - economia, eficiência e eficácia.

---

<sup>134</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre a Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. *Forum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=95698>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

<sup>135</sup>Lucas Rocha Furtado assevera que: Além da busca pela proposta mais vantajosa, a licitação deve realizar o princípio da isonomia. É evidente que a Administração deverá buscar nas propostas apresentadas pelos licitantes aquela que melhor realize seus interesses imediatos. Porém, a busca deste fim, isto é, a busca de melhores vantagens, não autoriza a violação das garantias individuais ou o tratamento mais favorecido a determinada empresa ou a particular em detrimento dos demais interessados em participar do processo” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28).

<sup>136</sup>ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Public-Private partnerships: in pursuit of risk sharing and value for money*. Paris: OECD, 2008. p. 37.

Uma nova lei de licitações que pretenda atingir a excelência precisará elastecer o conceito de vantajosidade hoje existente, de modo a aferi-la por meio de análise objetiva de diversos fatores que não apenas a questão da economicidade (o que já ocorre na doutrina, mas dificilmente se constata na prática)<sup>137</sup>.

A solução para todas essas deficiências da lei geral de licitações e contratos administrativos passa não só por sua reformulação como pela pungente necessidade de profissionalização do setor de compras. Não há como fazer a aferição objetiva da vantajosidade sob seus múltiplos aspectos; aumentar a discricionariedade do administrador para que possa efetuar a compra que atinja otimamente o interesse público (tendo em conta que esse interesse pode ser também múltiplo); abrir o texto legal para que as muitas realidades fáticas possam ser amoldadas com mais economia, eficiência e eficácia, se não houver a estrutura de órgãos e servidores para tanto.

Mais do que nunca, a criação de carreiras específicas de compras e mesmo de uma agência normativa de compras aparecem como caminhos a serem seguidos rumo à melhoria desse setor.

Atualmente, a desestruturação e o despreparo dos agentes públicos ligados ao setor de compras cria uma relação entre a Administração Pública e os Tribunais de Contas que foge à verdadeira competência desses.

Um órgão de controle externo não pode ser o principal sustentáculo a moldar o *modus operandi* da licitação e da contratação administrativa, não pode ser aquele que define como os processos de compras públicas devem ser. Ele é externo à Administração Pública e tem por missão constitucional “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas”<sup>138</sup>. Suas decisões são muito relevantes e devem orientar e corrigir a Administração Pública, mas sua competência é de fiscalização, ou seja, de controle sobre algo que já existe, abrindo-se no máximo a possibilidade de que consultas sejam elaboradas.

É à Administração Pública que cabe, em sua estrutura interna, desenvolver seus certames, confeccionar seus editais com objetividade, ter clareza na definição das regras do jogo conforme os objetivos por ela perseguidos. É a ela que cabe aprimorar a estrutura de

---

<sup>137</sup>Marçal Justen Filho há muito fala das várias dimensões da vantajosidade, sendo o aspecto econômico uma de suas vertentes – de grande relevância, diga-se de passagem.

<sup>138</sup>Art. 70 CF/88.

compras se pretende utilizar esse poderio para o atingimento de diversas finalidades num mundo cada vez mais complexo.

No caso brasileiro, em que temos três níveis de federação que podem legislar em matéria de licitações e contratos administrativos, a existência de uma agência federal especializada poderia facilitar a edição de normas gerais mais consentâneas com a prática e com a realidade da inexistência de uma regime jurídico único para as compras estatais, possibilitando a adesão a seus preceitos normativos (replicando-os) para outras esferas. Poderia, ademais, gerar articulação suficiente para uma agregação de compras, com a formação de cadastro de reserva de fornecedores.

Apenas com pessoal devidamente treinado e capacitado, especializado em compras pública, com normas emanando centralizadamente para amoldar a atuação descentralizada dos órgãos e entidades é que a área de compras terá condições de crescer em termos qualitativos, sendo capaz de bem levar à cabo essa dupla missão da compra governamental: a obtenção do melhor serviço, produto ou obra dentro dos recursos existentes (objetivo imediato) e, concomitantemente, o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável (objetivo mediato), com efetivo crescimento econômico.

A seguir, no capítulo 3, trataremos dos diversos mecanismos hoje existentes na legislação brasileira para que a Administração Pública possa exercer essa função horizontal de modo a unificar metodologicamente o que até disseminado atualmente no ordenamento jurídico atual. Após, o capítulo 4 trata de maneira específica das balizas interpretativas imperativas para seu correto uso, o que não deixa de ter relação com as necessárias alterações aqui sugeridas para que as compras públicas possam evoluir.

### **CAPÍTULO 3. PRINCIPAIS MECANISMOS PARA A CONCREÇÃO DA FUNÇÃO HORIZONTAL DA COMPRA PÚBLICA**

O presente capítulo tem por objeto os principais mecanismos existentes para que a função horizontal da compra pública possa ser exercida pelo ente público. Nele está previsto desde o mais básico – e, por vezes, o mais deficitário mecanismo – que é a instituição de metas quantitativas em lei ou decretos de inserção das compras públicas sustentáveis na realidade nacional para que a questão possa avançar efetivamente; até os instrumentos práticos hoje efetivamente à disposição do administrador público.

Eles são, em sua imensa maioria, replicações de mecanismos utilizados em outros países<sup>139</sup> e, como em toda adaptação a ambiente diverso, pode ocorrer de não serem os melhores veículos. Ademais, bastas vezes os resultados concretos por eles proporcionados são de difícil levantamento, mas isso não implica que a compra pública não deva ser utilizada para que avanços ambientais, sociais e econômicos sejam alcançados.

Como o exercício da função horizontal pela Administração Pública na licitação e na contratação administrativa dá-se para a consecução da amplíssima gama de finalidades econômicas, ambientais e sociais, os mecanismos para sua instituição são muito variados, dinâmicos e com impacto prático bastante discrepante e de difícil aferição. A previsão – como veremos – de uma declaração como reforço de certas normas de comando e controle - por certo possui menos eficácia prática que os mecanismos existentes para o fomento à participação no mercado de microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo. A força dos mecanismos é diversa e eles são numerosos, razão pela qual elegemos aqueles por nós considerados primordiais.

---

<sup>139</sup> Apenas a título de exemplo, nos Estados Unidos, afóra todas as regras acima vistas no Capítulo 1 e outras tantas medidas, as grandes contratações podem ser divididas em pequenos lotes e a programação de entregas deve comportar a logística das microempresas e empresas de pequeno porte; lá existem as chamadas contratações exclusivas até US\$ 100 mil; há a figura da subcontratação obrigatória de microempresas, assim como temos a possibilidade de reserva de parcela das contratações de maior vulto para essas. Na Argentina, na mesma toada, 10% das compras públicas devem ser exclusivamente realizadas tendo por licitantes microempresas e empresas de pequeno porte; há a figura do empate ficto e a divisão das quantidades em itens para ampliar a participação dessas empresas no mercado público.

### ***3.1. A fixação de metas quantitativas e de setores prioritários de atuação aos entes públicos para implementação de compras públicas sustentáveis***

A previsão de metas percentuais a serem atingidas pela Administração Pública a curto, médio e longo prazos constitui, a nosso ver, o primeiro e mais importante dos mecanismos existentes para que a função horizontal da licitação e da contratação administrativa possa ser realizada com toda a amplitude. Segundo nos parece, a utilização dos demais mecanismos depende, em grande parte, dessa fixação, e é a partir dela que se pode constatar a efetividade ou não desse ou daquele veículo adotado.

Como vimos nos capítulos acima, o uso da compra pública como instrumento para a realização de objetivos extraordinários enseja, no mais das vezes, um aumento no preço final do bem, serviço ou obra a ser contratado.

Fomentar atores relevantes; tentar minorar as discriminações, realizar compras ecoeficientes; incentivar o desenvolvimento de microempresas e empresas de pequeno porte; fomentar a inovação tecnológica nacional; inserir no mercado de trabalho aqueles que em geral dele são alijados, etc, tudo isso tem um custo e ele não é baixo.

A inserção da compra pública no ambiente regulatório e de implementação de políticas gera, sem dúvida, mudanças no panorama prático do processo de compras e isso traz enormes impactos sobre aquele que está na ponta, ordenando a despesa, gastando mais para que uma finalidade que vai além da necessidade pública primária (o bem, obra ou serviço efetivamente contratado) seja satisfeita.

Daí porque, segundo nos parece, a menos que os agentes políticos responsáveis pela vontade superior do Estado expressamente estabeleçam percentuais, metas quantitativas claras em instrumentos normativos para que o exercício da função horizontal da licitação seja exercido nas várias áreas em que deva atuar, o agente público que faz a compra pública em si, bem como o órgão que solicita um determinado bem ou serviço, dificilmente arcará com o peso de efetivar uma compra sabidamente mais cara.

Se a compra pública passa a servir de instrumento econômico para a implementação de políticas e para o exercício da regulação dos agentes no mercado, se ela foi transportada de uma relação de natureza microeconômica para o cumprimento também de finalidades macroeconômicas, é preciso planejamento e previsão de metas, por meio de leis e decretos, a fim de que os órgãos e agentes públicos que efetivamente a realizarão, possam

concretizar e exercer a função horizontal na certeza de que não estarão cometendo algum ilícito; que poderão estar a violar a Lei de Responsabilidade Fiscal ou ainda que terão suas contas questionadas em Tribunais de Contas de todos os níveis da federação. É necessário que um ato normativo assim determine, para que os órgãos possam efetuar relações microeconômicas com seus contratados pautadas nas metas e no planejamento macroeconômico estabelecido.

Em outras palavras, não basta que as entidades públicas em geral estabeleçam normas autorizando o exercício da função horizontal da compra pública sob as mais diversas formas sem que estabeleçam claramente metas a serem alcançadas na concreção dessas ou percentuais claros a que estão dispostas a fazer frente. Se custa mais, isso deve ser ponderado e os objetivos ambientais, sociais e econômicos colateralmente a serem buscados nas compras públicas devem ser buscados dentro de lindes especificamente determinados e crescentes, o que só um instrumento normativo, decorrente da vontade superior estatal pode estabelecer.

A realidade já demonstra inequivocamente tal fato. Ainda que já existissem previsões constitucionais que poderiam servir de fundamento às compras verdes, elas só passaram a ocorrer de modo mais frequente depois que surgiram normas tratando do tema. Os instrumentos para o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte e as cooperativas de consumo só passaram a fazer jus a benesses legais fomentadores depois da edição de lei a respeito e assim por diante.

Especialmente no que concerne às chamadas compras verdes e às compras sociais e éticas, que ainda têm natureza excepcional e cujo preço é inegavelmente maior, somente a definição de metas percentuais gradativas e crescentes poderá implicar na sua disseminação, no aumento exponencial das compras para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No Brasil, infelizmente, a previsão de que as compras públicas sustentáveis devam ser incentivadas encontra-se em legislações esparsas por todos o país, mas finalidades quantitativas percentuais não são colocadas, nem ficam claros os setores sobre os quais se deve primeiramente atuar, criando um ambiente de insegurança para o comprador público, premido pela necessidade de, em regra, adquirir pelo menor preço.

O Plano Plurianual 2012-2015 da União, por meio da lei nº 12.593/2012, por exemplo, traz no artigo 4º temos como diretrizes a promoção da sustentabilidade ambiental

e o crescimento econômico sustentável mas seu anexo, não traz alvos quantitativos palpáveis, com exceção do objetivo 0413, cuja meta é ampliar o percentual de acesso do público da reforma agrária às políticas de compras públicas.

Um dos meios previstos para tanto é “implantar compra mínima de 30% do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) diretamente da agricultura familiar em 100% do território nacional, com 60% das capitais comprando conforme o artigo 14 da Lei 11.947/09 de agricultores familiares do próprio estado”. A partir desse quantitativo, já é possível o planejamento para o cumprimento da referida meta, tornando de fato possível o exercício da função horizontal da compra pública.

A necessidade de fixação de metas pelos governos não é uma questão apenas nacional. Em todo mundo, o uso do poder de compra estatal implica no aumento do custo final daquilo que é contratado e, ao menos que existam metas estabelecidas para que o agente público aja com margem de segurança para efetuar inovações na prática de compras, isso dificilmente ocorrerá<sup>140</sup>.

Tomemos como exemplo Portugal<sup>141</sup> e os países que compõem a União Europeia de modo geral. A Comissão Europeia, na sua Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa à Política Integrada de Produtos [COM (2003) 302 final], solicitou aos Estados membros que elaborassem planos de ação de compras públicas ecológicas até o final de 2006. Essa determinação, somada às previsões sustentáveis contidas nas Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, levaram à edição em Portugal da Resolução do Conselho de Ministros nº 65/2007.

---

<sup>140</sup>Essa “timidez” do administrador público em realizar compras públicas mais caras em prol de finalidades ambientais, econômicas e sociais sem que tenha não só respaldo normativo mas, principalmente, quantitativo para tanto, tem certa razão de ser. Em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, todo o poder emana do povo e por ele é exercido, o que significa que a res é pública, isto é, a coisa é pública, sendo ele o verdadeiro proprietário do dinheiro público. Ao administrador são dados poderes para manejar em prol desse terceiro e ele não pode, de modo algum, atuar para com os recursos estatais como se dono dele fosse, como se com ele mantivesse uma relação de propriedade. O administrador – na clara lição de Ruy Cirne Lima – mantém para com a coisa pública uma relação de administração, estruturando-se sob o vínculo de uma finalidade cogente. Enquanto na relação de propriedade a vontade é a nota predominante, na relação de administração se sobressai o dever e a finalidade (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 105). Desse modo, ainda que o administrador público possua discricionariedade para, dentre as várias possibilidades abertas pela lei, escolher aquela que atende otimamente a finalidade legal, é certo que não pode agir na ausência dela, ainda mais em se tratando de dispêndio de recursos públicos.

<sup>141</sup>Portugal foi escolhido como exemplo porque tem atingido avanços significativos em seus contratos públicos sustentáveis e isso se deve, em grande parte, ao destemor de seus governantes em estabelecerem metas ainda mais ousadas que as do restante da União Europeia.

A resolução em questão estabeleceu a Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas daquele país do período de 2008-2010 (e que ainda pauta a ação governamental, sem que tenha sido editada Estratégia Nacional ulterior) arrolou setores prioritários para as referidas compras e determinou que:

#### 5.2 - Objectivo e metas anuais nacionais:

A quota actual de concursos públicos ecológicos nos países comunitários com melhor desempenho neste domínio (estudo Green Public Procurement in Europe - 2005 Status Overview) é de 40%. Portugal pretende ir mais além, situando-se 10% acima deste valor, na vanguarda da aquisição pública.

Nesse sentido, são estabelecidos os seguintes objectivo anuais, a atingir em 2010:

Obj1 - 50% dos procedimentos pré-contratuais públicos para a aquisição de bens ou serviços contemplados na Estratégia incluam critérios ambientais;

Obj2 - 50% do valor dos contratos públicos de aquisição de bens e serviços contemplados na Estratégia, cujos procedimentos pré-contratuais incluam critérios ambientais.

Segundo dados do Relatório do Estado do Ambiente (REA) de 2011, elaborado pela Agência Portuguesa do Ambiente (os relatórios seguintes não trataram especificamente das compras públicas ecológicas), as autoridades públicas constataram que de um total de 63.619 procedimentos pré-contratuais realizados em 2010 para a aquisição de bens e serviços contemplados na Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas, na categoria de produtos prioritários, 57% tiveram em conta critérios ambientais e que os organismos do Sistema Nacional de Compras Públicas superaram as metas definidas na Estratégia Nacional que foram fixadas para 2010<sup>142</sup>.

Ora, a existência de uma estratégia nacional, com dados percentuais claros de metas a serem cumpridas e, especialmente, determinando um norte com os setores prioritários de ação, ensejou a alteração nas práticas de compras portuguesas, que passaram a inserir critérios ecológicos em suas contratações.

Esse é, portanto, o mecanismo mais elementar para que o exercício da função horizontal da licitação e da contratação pública possa ser realizado. É ele que dá respaldo legal para sua difusão e permite controle da utilização e da efetividade dos demais mecanismos, a fim de que ulterior planejamento estatal possa aprimora-se.

---

<sup>142</sup>AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – APA. *Relatório do Estado do Ambiente*, 2011. Dez. 2011. p. 27.

### ***3.2. Declarações para reforço de normas de comando e controle***

A previsão legal de que o licitante declare que não executa condutas tidas por ilícitas ou de que cumpre determinadas legislações sem relação direta com o objeto contratual é também um mecanismo para o exercício da função horizontal.

Atualmente, a principal delas é o requisito de habilitação constante do inciso V do artigo 27 da lei nº 8.666/1993 e que exige o “cumprimento do disposto no inciso XXXIII<sup>143</sup> do art. 7º da Constituição Federal”<sup>144</sup>.

Para tanto, exige-se uma declaração firmada pelo licitante, assinada pelo empregador pessoa jurídica ou pessoa física, afirmando não empregar menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não que emprega menor de dezesseis anos, com a ressalva da possibilidade de contratação de menor, a partir de 14 anos, na condição de aprendiz.

Veja que o requisito em questão não possui, nem remotamente, relação com o objetivo precípua dos requisitos de habilitação<sup>145</sup>, que consiste em constatar se os licitantes possuem condições de executar o objeto licitado. Seu objetivo é tão somente o de frisar a inaceitabilidade de um contratado que descumpra essa vedação constitucional.

Do mesmo modo, mas padecendo de total falta de amparo legal, temos também a Declaração de Elaboração Independente de Proposta. Sua obrigatoriedade para a esfera federal está prevista na Instrução Normativa nº 02, de 16 de setembro de 2009.

Ela foi uma decorrência de assimilação pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça de diretivas da OCDE sobre o tema corrupção nas compras públicas e que se consolidou na Portaria SDE nº51, de 03 de julho de 2009.

Acerca da finalidade da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça asseverou:

A justificativa para a proposição de tal medida é bastante simples: é mais fácil provar que os proponentes discutiram o resultado de uma licitação do que de que eles chegaram a um acordo sobre o mesmo. A prática de

<sup>143</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos

<sup>144</sup> Essa exigência foi inserida no texto da lei nº 8.666/1993 pela lei nº 9.854/1999.

<sup>145</sup> Segundo Marçal Justen Filho, “na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 535).

cartel em licitações é extremamente grave, e é apenada pelo art. 90 da Lei de Licitações com prisão de 2 a 4 anos e multa, além de representar infração à ordem econômica nos termos do artigo 21, inciso VIII da Lei nº 8.884/94. Desse modo, as empresas que praticam cartel buscam acobertar tal prática de todas as maneiras, o que causa grandes dificuldades para que o Poder Público descubra esse ilícito. Todavia, caso uma declaração de independência de proposta seja assinada por licitantes, o Poder Público pode mais facilmente provar irregularidades caso consiga demonstrar que os participantes da licitação discutiram o conteúdo das propostas, sem necessariamente terem chegado a um acordo, e, por meio do Ministério Público, denunciar os partícipes por falsidade ideológica.

Se, por um lado, esse instrumento pode facilitar a imposição de penalidades em caso de práticas que distorcem a concorrência, por outro não impõe ônus aos licitantes que ajam corretamente no mercado. Apenas aqueles que discutem o teor de suas propostas com concorrentes é que ficarão preocupados, o que certamente incentivará no futuro maior aderência às regras que garantem a integridade dos processos de licitação<sup>146</sup>.

Segundo o modelo de declaração, cuja redação já fora pré-determinada pela referida portaria, o representante da licitante declara, sob as penas da lei, em especial o artigo 299 do Código Penal Brasileiro que a proposta por ele apresentada foi elaborada de maneira independente, sem que a tenha discutido com ou a recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato; que a intenção de apresentá-la também não foi informada, discutida ou recebida de qualquer outro participante potencial ou de fato; que não tentou, por qualquer meio ou qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato quanto a participar ou não participar do certame; que o conteúdo da proposta não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicada ou discutida com qualquer outro participante, potencial ou de fato, antes da adjudicação do objeto da referida licitação; que o conteúdo da proposta anexa não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado a, discutido com ou recebido de qualquer integrante do órgão licitante antes da abertura oficial das propostas e que está plenamente ciente do teor da referida declaração.

Como pode ser notado, essas declarações apresentam certo grau de redundância, na medida em que apenas impõem ao particular a declaração de que está cumprindo o que já deve cumprir de todo modo (a lei).

---

<sup>146</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência. *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007*. Brasília, Mar. 2008.

Todavia, tais exigências previstas na legislação de compras públicas servem para fortalecer a prova do ilícito, caso ocorra e – ainda - como reforço de normas de comando e controle, realçando o entendimento de que o Estado não deseja essas condutas nem aceita contratar com quem as descumpre.

### ***3.3. A criação de hipóteses de dispensa de licitação***

Só se pode dispensar algo que pode ser realizado e é justamente esse o ponto fundamental das hipóteses de dispensa de licitação.

Deveras, diversamente da inexigibilidade de licitação, em que a realização de um certame se mostra inviável por circunstâncias fáticas (o fornecedor é exclusivo; a necessidade de demanda é de tal monta que todos os interessados que preencham os requisitos exigidos serão contratados (por meio do credenciamento) ou o serviço técnico profissional especializado possui natureza singular), nas hipóteses de dispensa de licitação a realização de um certame se mostra viável, mas por uma questão de conveniência e oportunidade da Administração Pública, e havendo previsão legal autorizadora para tanto, o certame não é realizado.

Note-se que há o sacrifício da garantia de participação do maior número possível de licitantes ao certame e que a livre concorrência é derogada em virtude de uma decisão administrativa discricionária, da conveniência e oportunidade da Administração. Ora, se a regra constitucional da licitação é excepcionada, se uma série de preceitos e princípios são sacrificados para que essa conveniência e oportunidade seja satisfeita, logicamente as situações previstas em lei e que ensejam a contratação direta devem ser relevantes, apropriadas e excepcionais.

Como consigna Joel de Menezes Niebuhr:

Ao legislador é permitido dispensar a licitação pública, enfraquecendo o princípio da isonomia em detrimento de outros princípios, nas hipóteses em que for necessário imprimir tratamento desigual a situações efetivamente desiguais, sempre com amparo na razoabilidade. Não pode, por ilação, criar hipótese de dispensa apartada da razoabilidade, sem ampla justificativa plasmada no interesse público. O ponto nuclear da questão reside na existência de liame lógico entre a dispensa e a proteção de interesse público, que seja razoável e proporcional. Sem o referido liame carece fundamento à dispensa, pelo que se antevê desvio de poder legislativo<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, cit., p. 235.

No Brasil, o exercício da função horizontal da compra pública para a realização de interesses econômicos, sociais e ambientalmente relevantes tem sido historicamente levado à cabo justamente por meio da inserção em textos legais de novas hipóteses de dispensa de licitação.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações previstas no art. 24 da lei nº 8.666/93 em seus incisos VI (quando a União tiver de intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento), XIII (no caso de contratação de instituição de ensino dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos), XX (na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o prelo contratado seja compatível com o praticado no mercado), XXVII (na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública); XXX (na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal)<sup>148</sup>; XXXI (nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a qual dispõe sobre o incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo); XXXIII (na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas

---

<sup>148</sup>Não se pode deixar de referir, ainda, à previsão da modalidade de “compra institucional” no bojo do Programa de Aquisição de Alimentos (Decreto Federal nº 7.775/2012), possibilitando a aquisição, por dispensa de licitação, de produtos da agricultura familiar. O decreto em questão regulamenta o artigo 19 da lei nº 10.696/2003, o qual dispõe nos seguintes termos:

“Art. 19. Fica instituído o Programa de Aquisição de Alimentos com a finalidade de incentivar a agricultura familiar, compreendendo ações vinculadas à distribuição de produtos agropecuários para pessoas em situação de insegurança alimentar e à formação de estoques estratégicos.

§ 1 Os recursos arrecadados com a venda de estoques estratégicos formados nos termos deste artigo serão destinados integralmente às ações de combate à fome e à promoção da segurança alimentar.

§ 2 O Programa de que trata o caput será destinado à aquisição de produtos agropecuários produzidos por agricultores familiares que se enquadrem no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, *ficando dispensada a licitação para essa aquisição desde que os preços não sejam superiores aos praticados nos mercados regionais (grifo nosso)*;

ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água).

Como pode ser verificado, o mecanismo mais corriqueiramente utilizado para que a contratação administrativa concretize também finalidades extraordinárias é realizado por meio da supressão do certame, ou seja, pela não realização do processo administrativo existente para a seleção da proposta mais vantajosa, para a garantia da isonomia e, agora, para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Na maioria das hipóteses arroladas pela lei em que a contratação direta é instituída como mecanismo para o exercício da função horizontal da licitação, o objeto contratual é secundário, isto é, o que se deseja realmente é fomentar determinado setor ou ator, muito mais do que a obtenção do objeto a ser contratado propriamente. Não que esse seja despidendo – pois se fosse esse o caso a compra pública não poderia ser realizada, ainda que fosse para o atingimento de nobres finalidades sociais, ambientais ou econômicas – mas a finalidade extraordinária da compra pública, o exercício da função horizontal da contratação administrativa sobreleva-se em relação a sua função vertical.

O que se deseja de fato é viabilizar concretamente a ressocialização do preso dando-lhe ocupação e dignidade por meio de um labor; fomentar a economia da agricultura familiar; inserir portadores de deficiência no mercado de trabalho; fomentar a coleta ambientalmente correta de resíduos sólidos e ainda auxiliar o incremento social das associações e cooperativas de trabalhadores de baixa renda que trabalham no setor; fomentar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica, etc. O que se pretende é a consecução o de objetivos sociais, ambientais ou econômicos que vão bem além do mero atendimento do objeto contratual.

Para além das hipóteses de dispensa de duvidosa pertinência (que não são objeto desta teses), o fato é que o incrível número de incisos previstos no artigo 24 e mesmo em legislações esparsas, denotam não apenas a dificuldade que havia em reconhecer a existência e o grau de relevância da função horizontal da licitação, como ainda demonstram a paulatina inadequação da lei geral de licitações às necessidades diuturnas do administrador, ensejando a fuga de seus ditames.

De todo modo, estando devidamente caracterizada a tanto a finalidade imediata como mediata a ser buscada, a previsão dessas hipóteses de contratação direta – nesses casos - é lícita e mesmo benéfica à sociedade. Entretanto, não se pode deixar de consignar que agora, diante da inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos a serem buscados pela licitação, já não tem cabimento a proliferação das hipóteses de dispensa de licitação com esse viés.

Deveras, se antes se poderia levantar o fato de que a legitimidade do uso da compra pública para a consecução de objetivos macroeconômicos não encontrava guarida clara na legislação, o que levava o legislador a fugir da realização do certame nos casos em que desejasse atingi-los, isso já não mais tem razão de ser, visto que abertamente hoje se aceita esse novo papel da compra estatal.

Assim sendo, havendo mais de um ator ou setor que se subsuma na hipótese prevista em lei como passível de receber determinado favorecimento legal com vistas ao atingimento de interesses sociais, ambientais ou econômicos, a realização ao menos de uma seleção de projetos é de rigor, visto que o sacrifício dos princípios norteadores da compra pública deve ser apenas no limite do necessário para a consecução do objetivo visado.

### ***3.4. A margem de preferência***

A Constituição Federal de 1988 trazia em seu texto original, no artigo 171, uma série de restrições às empresas estrangeiras, mais especificamente inibindo a presença de tais empresas em alguns setores da economia nacional. Essas previsões constitucionais foram paulatinamente sendo revogadas e, em especial para o caso em tela, a Emenda Constitucional nº 6 de 1995 revogou o artigo 171 da Constituição, que em seu § 2º expressamente previa o tratamento preferencial a ser dado à empresa de capital nacional na aquisição de bens e serviços.

Todavia, na situação constitucionalmente outrora prevista, a preferência deveria ser outorgada em razão da nacionalidade quanto à propriedade da empresa e não quanto à origem nacional de seu processo produtivo, criando uma discriminação sem pertinência lógica que a justificasse<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup>A respeito da diferença entre o benefício atualmente instituído e a preferência anteriormente existente a empresas brasileiras ou empresas brasileiras de capital nacional: 1. Trata-se recurso extraordinário interposto de acórdão assim do: “LICITAÇÃO. PREFERÊNCIA DE EMPRESA DE CAPITAL

Com a revogação do parágrafo citado, nas licitações de que participassem empresas estrangeiras, à suas propostas seriam acrescidos os gravames tributários que onerassem exclusivamente os licitantes nacionais, sendo ainda permitido aos licitantes brasileiros que fizessem cotações em moeda estrangeira, caso assim fosse possível ao licitante estrangeiro. Enfim, a regra geral era, e continua sendo, a igualdade de tratamento.

Essa equanimidade de tratamento, contudo, recebe agora investidas regulatórias, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico nacional, inserto na genérica expressão “desenvolvimento nacional sustentável”. Uma delas é o estabelecimento de margens de preferências aos produtos manufaturados nacionais e, ainda, aqueles que apresentem inovação tecnológica.

---

NACIONAL. Privilégio que restou afastado pela Emenda Constitucional nº 06 de 15/08/95. Empate das propostas que corretamente foi solucionado por sorteio. Primeira apelação improvida. Segunda e terceira apelação providas (fl. 240).2. Nas razões do RE, sustenta-se ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição Federal, alegando que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelas Leis nº 8.248/91 e 8.666/93 “não decorre de sua natureza de ‘empresa brasileira’ ou de ‘empresa brasileira de capital nacional’, mas do fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com significativo valor agregado” (fl. 279). Aduz ainda que o entendimento manifestado no RE encontra amparo no Parecer CONJUR 231/95, que ao “examinar a repercussão da revogação do artigo 171 da Constituição Federal no artigo 3º da Lei 8.248/91, o Parecer posiciona-se no sentido de que só foram derogados aqueles benefícios que tinham como ponto de partida o conceito de ‘empresa brasileira’ e de ‘empresa brasileira de capital nacional’, persistindo, no entanto, aqueles benefícios concedidos aos bens produzidos no País” (fl. 276).3. Inadmitido o recurso na origem (fl. 321-323), subiram os autos em virtude do provimento do AI 557.484/RS (fl. 336).4. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 339-340).5. O presente recurso não merece prosperar. Primeiramente, constato que não merece guarida o argumento de que o benefício concedido à empresa ora recorrente pelo art. 3º da Lei 8.248/91 persiste, mesmo após a edição da Emenda Constitucional 06/1995. Isto porque a referida lei, em sua redação original vigente à época da licitação, faz remissão expressa ao artigo 171 da Constituição Federal, que foi revogado pela EC 6/95: “Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local; § 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.” Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho da decisão proferida no MS 24.474/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 05.09.2008, em que foi discutida matéria similar àquela dos autos: Com efeito, o objetivo do art. 3º da Lei 8.248/1991 (em sua redação primitiva) era dar densidade normativa aos arts. 170, IX, e 171, II e § 2º, da Constituição (em sua redação original), que cuidavam do favorecimento a ser conferido à empresa brasileira de capital nacional. Ocorre que a Emenda Constitucional 6/1995, ao alterar o art. 170, IX, e revogar todo o art. 171 da Constituição, excluiu a figura da “empresa brasileira de capital nacional” (a que se referia o revogado inciso II do art. 171 da Carta Magna).” Ademais, verifico que para chegar à conclusão pretendida pela parte recorrente, de que a empresa teria direito ao benefício concedido pelo art. 3º da Lei 8.248/91 pelo fato de seus produtos serem produzidos no País com tecnologia nacional e com significativo valor agregado, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, hipótese inviável em sede extraordinária (Súmula STF 279).6. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 16 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora (STF - RE: 556668 RS , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 16/08/2010, Data de Publicação: DJe-156 DIVULG 23/08/2010 PUBLIC 24/08/2010).

A previsão não conflita como o artigo constitucional revogado, pois é diversa a orientação abarcada pela lei nº 12.349/2010, na medida em que a preferência é aqui dada em razão da nacionalidade do processo produtivo e não, como no artigo revogado, à propriedade da empresa.

Veículo de favorecimento por excelência trazido pela lei nº 12.349/2010, a possibilidade de instituição de um regime de benefícios para incentivar a aquisição de produtos e a contratação de serviços nacionais foi introduzida pela Medida Provisória nº 495, mais tarde convertida na lei nº 12.349/2010, que em seus §§ 5º a 13 do artigo 3º trata da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

A aplicação dessa margem de preferência encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011, o qual, ainda, instituiu a Comissão Interministerial de Compras Públicas - CICP, responsável pela proposição e acompanhamento da margem de preferência para produtos e serviços específicos, com fundamento em estudos setoriais e avaliação de impacto econômico. É com base nesses estudos que são editados decretos específicos estabelecendo para cada setor ou ator uma determinada margem de preferência.

Essa margem de preferência é reflexo da função horizontal da licitação, por meio da qual a Administração Pública atua de maneira indutora na economia, com vistas ao incentivo da indústria nacional, a geração de emprego e renda, a ampliação na arrecadação de tributos e o incentivo à inovação tecnológica do país, etc. É espécie do gênero direito de preferência, juntamente com o empate ficto, mas que, como veremos mais tarde, com ele não se confunde, na medida em que o empate dá ao beneficiado direito a um novo lance ou oferta, ao passo que a margem de preferência estabelece um direito à contratação com preço superior.

“Produtos manufaturados nacionais” segundo o que consta do artigo 6º, inciso XVII da lei nº 8.666/1993, são os “produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal”. O conceito foi um pouco mais depurado pelo decreto nº 7.546/2011 no artigo 2º, inciso VI, considerando-se produto manufaturado nacional como aquele que tenha sido submetido a qualquer operação que modifique a sua natureza, a natureza de seus insumos, a sua finalidade ou o aperfeiçoamento para consumo e que tenha sido

produzido no território nacional, de acordo com o processo produtivo básico<sup>150</sup> definido pelas leis nº 8.387/1991 e 8.248/1991, ou com regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul.

Sobre esses produtos manufaturados nacionais podem incidir duas espécies de margem de preferência: a primeira consiste em margem de preferência dada pela instituição de percentual que assegura vantagem aos produtos nacionais, ao passo que a segunda, refere-se a uma margem de preferência cumulativa, destinada aos produtos que são resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país. Essas margens de preferência, ainda quando somadas, não poderão ultrapassar a 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos estrangeiros.

Com vistas a usufruir do benefício dado pela margem, o licitante deve apresentar declaração de que seu produto é manufaturado nacional nos termos estabelecidos pela legislação e que atende às normas técnicas brasileiras (ou seja, deve apresentar declaração de origem, nos termos da Portaria nº 279/2011 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior).

A aplicação da margem de preferência ocorre após o encerramento da fase competitiva, o que significa que, se a melhor proposta já for um produto manufaturado nacional, a margem simplesmente não incidirá. Ela só será aplicada quando a melhor proposta for um produto manufaturado estrangeiro, quando então a margem funciona como um acréscimo fictício ao preço do produto estrangeiro<sup>151</sup>.

A margem de preferência só pode ser instituída por decreto federal, o que significa que: não existe esse benefício sem que tenha sido objeto de decreto e que, de outra banda, não cabe a Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecerem, eles próprios, margem de preferência, sendo ainda a adoção da margem adotada em nível federal de ordem facultativa para esses.

Atualmente, a União já editou os seguintes decretos estabelecendo margens de preferência a produtos manufaturados nacionais:

---

<sup>150</sup>Segundo a lei nº 8.387/1991, processo produtivo básico é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto.

<sup>151</sup>JUSTEN NETO, Marçal. Preferências para produtos manufaturados nacionais em licitações. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n. 62, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 20 mar 2014.

<b>Decreto</b>	<b>Margem de preferência instituída</b>
Decreto nº 7.601/2011	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.709/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.713/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.756/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.810/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.812/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.816/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.840/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto nº 7.841/2012	Altera o Anexo I ao Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, que dispõe sobre a margem de preferência para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladores, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.843/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.903/2013	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona.
Decreto nº 8.167/2013	Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.170/2013	Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.171/2013	Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.184/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.185/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.186/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto nº 8.194/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.223/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.224/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.225/2014	Altera o Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de fármacos e medicamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Como vimos no Capítulo I, a instituição de margens de preferência por produtos manufaturados é adotada em diversos países<sup>152</sup>, em especial pelos Estados Unidos e China. Serve, sem dúvida alguma, para alavancar a produção nacional, fomentando certos nichos de mercado. Todavia, algumas considerações devem ser feitas sobre características e riscos da margem de preferência instituída aqui no Brasil.

A primeira delas é que a margem de preferência pelo produto manufaturado nacional não é de ordem geral como ocorre nos Estados Unidos. Eis um aspecto absolutamente positivo, pois não se tem um protecionismo escancarado, mas a possibilidade de fomento de determinados setores econômicos nacionais relevantes e incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Mas para que esse instrumento seja corretamente utilizado, a Comissão Interministerial de Compras Públicas deve evitar favoritismos, necessita justificar devidamente (com critérios objetivos) a escolha de determinado setor ou ator cujos produtos foram beneficiados. Em outras palavras, há que se entender o por quê, dentre

<sup>152</sup>Exemplos: Colômbia - Lei nº 816, de 07 de Julho de 2003; Buy American Act – Seção 10, 10a, 10b, 10c e 10d (8.302 e 8.303); Argentina - Lei nº 25.551, de 01 de Novembro de 2001; México - Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

tantos setores da economia, esse ou aquele foi escolhido para fazer jus à margem de preferência<sup>153</sup>.

Outro aspecto importante é a porcentagem de preferência dada e como ela é fixada. Se não houver a fixação de uma margem de preferência afinada com o objetivo de fomento e atendimento do interesse público perseguido, a sua instituição pode implicar o comodismo dos agentes econômicos beneficiados, que não buscaram à melhoria de seus produtos em razão da existência do mercado cativo que lhe foi dado em razão da instituição da margem. Mais uma vez, a especificação técnica do produto a ser adquirido deve buscar o novo, o aprimoramento do produto.

A fim de aclarar como a Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP) determina a margem de preferência, vale a pena trazer um caso prático: o da previsão de margem de preferência para retroescavadeiras e motoniveladoras.

O pedido para que a União definisse margens de preferência a esses produtos manufaturados nacionais partiu do Ministério do Desenvolvimento Agrário. O objetivo das aquisições das referidas máquinas é a recuperação de estradas vicinais e um conjunto de 1.300 municípios brasileiros seriam contemplados com essas, com estimativa de gasto de aproximadamente 1,6 bilhões de reais nessas aquisições (4000 máquinas retroescavadeiras e 200 motoniveladoras), a serem realizadas mediante processo seletivo entre os exercícios de 2012-2015, com recursos oriundos do PAC2.

Para a estimativa da margem de preferência a ser aplicada em cada caso, a Comissão Interministerial de Compras Públicas solicitou à Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) a contratação de estudo, realizado pela Universidade de São Paulo (FEARP-USP). Essa instituição realizou análise quantitativa e qualitativa de custo-benefício (levou-se em conta a proximidade da assistência técnica, a geração de novas vagas de trabalho, a massa salarial, as importações agregadas, etc), resultando nas margens de 18% para motoniveladoras e de 10% para retroescavadeiras. Foram essas as margens de preferência instituídas pelo Decreto nº 7.709/2012, mas que foram ulteriormente alteradas para, respectivamente, 25% e 15%.

---

<sup>153</sup>Há que se justificar, por exemplo, a instituição de margem de preferência para a aquisição de brinquedos, nos termos do Decreto nº 8.223/2014. Não conseguimos acesso a ata ou relatório da Comissão Interministerial de Compras Públicas nesse sentido, com a devida motivação técnica dessa instituição a partir das premissas de potencial de geração de emprego e renda, do efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, do potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país e do custo adicional dos produtos e serviços.

Como visto, desde que lastrado em estudos sérios e que demonstrem inequivocamente os benefícios a serem alcançados pela instituição de uma margem de preferência, trata-se de mecanismo que pode ajudar no fomento da indústria nacional.

O problema, todavia, é que, a depender do produto para o qual se deu a benesse legal e, de outra banda, a porcentagem da margem de preferência instituída, o fomento ao produto manufaturado nacional a ser buscado para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável poderá produzir efeito não tão benéficos.

Comecemos pelo último fator. O objeto da margem de preferência é, sem sombra de dúvida, alavancar o “desenvolvimento nacional”, tanto que, como vimos, não existe qualquer previsão quanto ao quesito sustentabilidade no texto legal. Mais do que isso, o que se deseja é o crescimento econômico do país, com a produção cada vez maior de produtos com inovação tecnológica. A ideia central, portanto, é a de que, pagando até 25% mais, o Estado vai fomentar determinados setores que, com o tempo, não mais dependerão desse benefício legal, pois já estarão robustos, trabalhando em economia de escala. Ainda, o pagamento a mais é feito para que novas contratações de força de trabalho, novas pesquisas e novos investimentos sejam levados à cabo.

Entretanto, não há como negar o risco de que o particular beneficiado não realize qualquer desses investimentos e incrementos em sua cadeia produtiva diante de um cliente cativo que pagará a mais em razão de determinação normativa, independentemente da qualidade de seu produto em cotejo com o de concorrentes estrangeiros. Como vimos acima, a lei nº 8.666/1993 peca primordialmente por considerar o mercado da compra pública como uma concorrência perfeita, em que todos os produtos possuem as mesmas características, pagando o menor preço e dificilmente adquirindo o melhor, o produto diferenciado e objeto de investimento pelo produtor.

Por essa razão, segundo nos parece, a Comissão Interministerial de Compras Públicas deve não só realizar estudos para aferir o percentual da margem de preferência a ser instituída e se ela deve ser instituída, como também deveria avaliar, de tempos em tempos, se o impacto positivo previsto foi alcançado, e se o parque industrial nacional beneficiado fez uso público útil do fomento recebido, gerando impactos positivos à sociedade e à economia.

Afora isso, é também preciso - antes da instituição da margem de preferência - analisar quais os interesses públicos estão em jogo. A fixação de margem de preferência de 25% a equipamentos manufaturados nacionais de ressonância magnética, por exemplo, pode significar que, num certame para a aquisição de 05 desses produtos, se comprará apenas 04 equipamentos com o mesmo montante que daria para a aquisição de 05 em havendo um concorrente estrangeiro. Ora, a depender o produto a ser beneficiado, o interesse público subjacente e que seria sacrificado pode na verdade ser mais relevante do que o fomento de determinado setor ou ator e isso deve, necessariamente, pesar na decisão sobre a instituição da margem de preferência.

Como defendido ao longo de toda a presente tese, o exercício da função horizontal é lícito e mesmo natural, na medida em que o ente público deve utilizar seu poderio de compra para o atingimento de finalidades que promovam não só a satisfação de suas necessidades primárias, mas também o bem comum. Mas por vezes, o mecanismo eleito pode não ser o melhor meio para atingir determinado fim almejado. Pode ocorrer, portanto, que a criação de favorecimentos em licitações que tratam de determinados objetos não representem, enfim, o atendimento aos anseios nacionais.

Assim sendo, faz-se necessário que a Administração Pública sopesse se é ou não o caso de, para um determinado produto, instituir margem de preferência: podem existir casos em que o exercício da função horizontal da compra pública implicaria o sacrifício de interesses mais relevantes.

### ***3.5. O empate ficto***

A Lei Complementar nº 123/2006 que dispõe sobre o tratamento favorecido a ser dado a microempresa e empresa de pequeno porte<sup>154</sup> constitui importante manancial de mecanismos para o exercício da função horizontal da compra pública destinado a esses atores constitucionalmente eleitos como relevantes.

---

<sup>154</sup>Em lei que trata de matéria absolutamente alheia ao tema, consta previsão de que as sociedades cooperativas também fazem jus a esses mecanismos de preferência estabelecidos na lei complementar nº 123/2006. É o que diz o artigo 34 da lei nº 11.488/2007: “Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e os não cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na seção IV do Capítulo XI e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”.

O mais famoso e utilizado desses veículos é, sem dúvida, o chamado empate ficto trazido nos artigos 44 e 45 da referida lei. Eles estabelecem que:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Com efeito, referidos dispositivos criam, ao lado do empate real, um empate fictício, de modo que, tomando como referência a proposta de preço inicialmente melhor colocada, se houver entre essa e a proposta da ME e EPP um intervalo de até 10% para as modalidades tradicionais (5% no caso de adoção do pregão), será aberta a possibilidade de que as microempresas e empresas de pequeno porte apresentem nova proposta inferior àquela apresentada pelo então licitante mais bem classificado.

A grande questão referente ao empate ficto é quanto ao momento de sua adoção. Uma vez que uma dada empresa que não se enquadra como microempresa e empresa de pequeno porte fez a proposta de melhor valor, seria vantajoso economicamente que se abrisse a ela a possibilidade de baixar ainda mais sua oferta para, eventualmente, fugir à diferença de 5% ou 10% e, como consequência, vencer o certame.

Todavia, a despeito dessa possibilidade de negociação com a melhor colocada ser a que implicaria a maior vantagem econômica à Administração, justamente por tratar-se de veículo para o tratamento favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte, estando a fase de lances fictamente empatada (isto é, entre a proposta da primeira colocada que não é ME nem EPP e outra dessa natureza a diferença era de 10% ou de 5%), não poderia a primeira oferecer novo lance ou cobrar a oferta da primeira colocada<sup>155</sup>.

Em geral, as microempresas e empresas de pequeno porte têm realizado suas ofertas tendo em vista essa margem, declinando a oferta de novo lance quando verificam que já podem fazer jus ao direito de preferência estabelecido na lei e que não será dado à empresa que fizera a melhor proposta a oportunidade de negociar novo preço. No caso, e isso é especialmente frequente nas licitações na modalidade pregão, se o pregoeiro tivesse o poder de negociar diretamente com a primeira colocada antes de abrir a oportunidade para a ME ou EPP exercer sua prerrogativa, essa “retirada” da etapa de lances pela microempresa já contando com a benesse legal não existiria.

A verdade, todavia, é que o intuito da lei é que a Administração Pública contrate microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo que isso implique em maiores gastos. Mas essa possibilidade de negociação prévia deveria ser aberta, a fim de que o exercício da função horizontal da licitação promovesse ainda mais a competitividade, forçando a microempresa e empresa de pequeno porte a exercer seus direitos de preferência dentro do melhor preço possível para a Administração.

A vantajosidade aí vai além da vertente econômica, mas essa continua sendo fator importante e que deve ser levado em conta. Tratamento favorecido não pode ser confundido com assistencialismo e as micro e pequenas empresas também devem se sujeitar, até o fim, à negociação com a Administração Pública.

---

<sup>155</sup>É necessário consignar que, para a incidência do empate ficto, a ME e EPP, na classificação final, deve ter seu preço no percentual de 10% em relação a primeira colocada.

### 3.6. Subcontratação obrigatória

Subcontratação é o instrumento jurídico através do qual uma empresa já contratada entrega parte de obra, produto ou serviço contratado a terceiro estranho ao contrato, a fim de que esse execute em seu nome uma parcela ou mesmo a totalidade do objeto contratado.

Como regra geral, a menos que haja expressa autorização do ente contratante<sup>156</sup>, a subcontratação por parte da licitante vencedora e posterior contratada é defesa e pode ensejar, inclusive, a rescisão do contrato, nos termos do artigo 78 da Lei nº 8.666/93<sup>157</sup>.

A razão para a vedação é simples. Se uma determinada empresa ingressa no certame licitatório na qualidade de licitante e apresenta toda a documentação necessária para comprovar que possui as condições de habilitação previstas no ordenamento jurídico, por certo que o contrato futuramente celebrado é do tipo *intuitu personae*, pois parte da premissa de que aquele que comprovou a capacidade técnica e operacional para a execução do contrato é quem, efetivamente, o executará. A Administração Pública deve ser imparcial ao escolher a proposta mais vantajosa por meio do procedimento administrativo licitação, mas por certo detém para com seu contratado uma relação de natureza pessoal, visto que foi ele que, após ampla e justa disputa, sagrou-se vencedor, e é dele que se espera a execução do contrato.

Em regra, portanto, a execução do objeto licitado é obrigação da empresa contratada, permitindo a lei nº 8.666/1993 a subcontratação apenas nos moldes fixados pela lei e segundo a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Sua admissão – a ser definida pela Administração Pública – em geral se dá por razões de ordem técnica que compelem o ente público a admiti-la. Segundo o Acórdão 2002/2005 – Plenário TCU, deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório, e nem ofenda a outros princípios relacionados às licitações, notadamente o da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

---

<sup>156</sup>O art. 72 da lei nº 8.666/93 estabelece que: O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

<sup>157</sup>Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.

Não haverá subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários para o cumprimento do objeto contratual. Na verdade, no mundo atual, com a complexidade cada vez maior dos objetos a serem contratados, que envolvem por vezes processos produtivos amplos, praticamente não há possibilidade de uma empresa executar todas as etapas da produção demandada para o cumprimento de um objeto contratual, de sorte que todo contrato administrativo envolve, em maior ou menor grau, alguma subcontratação. Mas não é dessa subcontratação que estamos aqui a tratar.

A caracterização da subcontratação tratada sucintamente no artigo 72 da lei nº 8.666/1993 – e que impactará sobre a subcontratação obrigatória de microempresas e empresas de pequeno porte – configura-se na seguinte hipótese, segundo Marçal Justen Filho:

Se a Administração se satisfizer com uma determinada prestação, sendo irrelevante sua autoria, a questão torna-se simples. Não se caracterizará a subcontratação quando a prestação for executada diretamente pelo contratado, ainda que necessite recorrer a terceiros para obter os elementos necessários. Assim, no exemplo dos “kits”, existe tipicamente uma obrigação de fim. Não há relevo para a Administração que uma mesma empresa fabrique as mochilas, os lampiões e os alimentos. O fundamental é que a empresa execute a prestação de entregar o “kit” completo. Logo, poderá adquirir de terceiros os elementos que não fabrique, sem que isso configure alguma relevância para a Administração. Diversa é a situação quando a obrigação é de meio. Quando o contratado tiver o dever de elaborar a prestação, a transferência de encargos ou aquisição de bens de terceiros caracteriza a subcontratação relevante para a Administração. É claro que não se chegaria ao extremo de exigir que o escultor promovesse pessoalmente a extração de mármore da natureza ou que o pintor fabricasse as tintas para usar na elaboração de um quadro – exemplos tradicionais de obrigação de meio no âmbito do direito privado. Enfim, tem-se de verificar a necessidade e o intuito da Administração quando efetiva a contratação para determinar a extensão das obrigações do particular que com ela contrata e definir, caso a caso, como se caracterizará a subcontratação<sup>158</sup>.

Essa subcontratação acima aludida possui basicamente quatro características mais importantes: a decisão sobre a possibilidade de sua instituição – ou mesmo sua imposição à contratada - constitui mérito administrativo<sup>159</sup>; cabe à Administração estabelecer os limites máximos para que esse instituto seja levado à cabo numa dada contratação, vedada a

<sup>158</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 566.

<sup>159</sup> “Ao decidir pela possibilidade de subcontratação e quais partes do objeto poderão ser subcontratadas, a Administração deve levar em conta práticas usuais adotadas no mercado e o interesse público subjacente à contratação”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e Contratos Administrativos – Orientações e Jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília, 2010.p. 791. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>>.

subcontratação total<sup>160</sup> do objeto contratual; sua previsão deve ser expressa no contrato e no instrumento convocatório<sup>161</sup> e, por fim, a subcontratação não se confunde com a figura da sub-rogação, de sorte que o contratado permanece responsável pelas obrigações contratuais e legais em sua totalidade<sup>162</sup>.

Sua formalização ocorre mediante termo de aditamento contratual que especifique e determine o objeto e o quantitativo da obra, produto ou serviço contratado e o subcontratado deve comprovar possuir regularidade jurídica, idoneidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, bem como fazer declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal para executar a parcela do objeto que lhe será imputada. Além disso, entende-se irregular a subcontratação que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado<sup>163</sup>.

De todo modo, e o Tribunal de Contas frisa tal fato repetidamente em seus julgados, a subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida, como vimos, a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup>Qualquer objeto por ser subcontratado, exceto aqueles que, por sua natureza, possam ser considerados personalíssimos. A impossibilidade de subcontratação total do objeto existe porque, de outro modo, se abriria a possibilidade de que o licitante vencedor passasse a exercer somente a função de intermediário, servindo apenas como uma espécie de “escudo”, apresentado seus documentos de habilitação, de qualificação técnica, de regularidade fiscal, quando o efetivo executor do objeto contratual seria outro que não tenha participado do certame. Ademais, a presença de um intermediário dificilmente resultaria em um preço mais razoável para a Administração Pública.

<sup>161</sup>A subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento de bens só deve ser implementada quando houver sido prevista no edital da licitação e no respectivo contrato. É possível admiti-la sem que estejam presentes tais requisitos, em caráter excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração (Acórdão nº 3378/2012-Plenário TCU, TC-026.757/2011-7, rel. Min. José Jorge, 5.12.2012).

<sup>162</sup>Em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar. Na subcontratação, a contratada continua a responder pelo avençado perante a Administração, e transfere ao terceiro apenas a execução do objeto subcontratado. Enquanto que a sub-rogação é entendida como a cessão ou transferência não só da execução total ou parcial do objeto, mas também das responsabilidades contratuais, em que a contratada, na condição de sub-rogante, cede sua posição a terceiro que assume todos os seus direitos e deveres consignados no termo contratual original (Acórdão 1940/2014-Plenário TCU, TC 026.161/2011-7, relatora Ministra Ana Arraes, 23.7.2014).

<sup>163</sup>É ilícita a inserção, em editais do DNIT, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado, entendido essa parcela do objeto como o conjunto de itens para os quais foi exigida, como requisito de habilitação técnico-operacional, a apresentação de atestados que comprovem execução de serviço com características semelhantes (Acórdão n.º 3144/2011-Plenário TCU, TC-015.058/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 30.11.2011).

<sup>164</sup>Acórdão 834/2014-Plenário TCU, TC 033.061/2010-6, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 2.4.2014.

Entretanto, com vistas a incentivar o desenvolvimento econômico e social das microempresas e empresas de pequeno porte, a ampliar a eficiência das políticas públicas e a incentivar, o instituto da subcontratação passou a ser um mecanismo para o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa pelo ente público, havendo no inciso II do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 147/2014, a previsão legal da possibilidade de a contratante estabelecer a obrigatoriedade de seu estabelecimento.

O artigo 48, inciso II estabelece que:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Ou seja: uma empresa que tenha vencido um determinado certame (ou sido contratada em razão da subsunção a quaisquer dos dispositivos que autorizam a dispensa ou inexigibilidade de licitação) pode vir a ser compelida, em razão do dispositivo legal citado, a subcontratar microempresas e empresas de pequeno porte para execução de parte (agora sem o limite de 30%, suprimido pela nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014<sup>165</sup>) do objeto licitado, havendo ainda previsão de que, nesse caso, empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte<sup>166</sup>.

É a figura da subcontratação obrigatória, atualmente regulamentada pelo artigo 7º<sup>167</sup> do Decreto nº 6.204/2007 e que tem por fim obrigar o licitante a buscar parceiros beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006, sob pena de ser desclassificado.

---

<sup>165</sup>O referido patamar outrora existente de 30% tinha, segundo Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, tradição histórica, na medida em que o revogado Decreto nº 73.140/1973 já definia igual patamar como limite de subcontratação (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Disponível em: <[www.jacoby.pro.br/Artigo\\_ProfessorJacoby.pdf](http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf)>).

<sup>166</sup>A previsão de pagamento pela Administração Pública diretamente à subcontratada microempresa ou empresa de pequeno porte ou ainda cooperativa de consumo reverte a lógica da subcontratação, que tem como um dos traços distintivos em relação à vedada sub-rogação justamente a inexistência de impossibilidade de relação jurídica direta entre a Administração e a subcontratada.

<sup>167</sup>Art. 7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando: I - o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital; II - que as microempresas e empresas de pequeno

Sua inspiração foi, sem dúvida, o direito norte-americano, que instituiu obrigação similar às grandes empresas a partir do período pós 2ª Guerra Mundial com o intuito de aumentar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte e, ainda, possibilitar o ingresso dessas em grandes certames, aos quais não teria acesso de modo diverso.

O objetivo principal dessa previsão, portanto, é forçar a participação de microempresas e empresas de pequeno porte na execução de objetos contratuais maiores, realizados apenas por empresas de grande porte, que agora são obrigadas a, caso queiram contratar com o Poder Público – subcontratarem uma determinada microempresa e empresa de pequeno porte.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, esse tratamento diferenciado poderá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte quando:

- existir regulamentação específica na esfera legislativa para o ente no qual se insere o órgão ou entidade contratante;
- for expressamente previsto no edital convocatório;
- for vantajoso para a Administração e não representar prejuízo para o conjunto do objeto contratado;
- houver, no mínimo, três competidores que se enquadrem na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, sediada na região ou no local da licitação, com capacidade para cumprir as exigências do ato convocatório;

---

porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores; III - que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º; IV - que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e V - que a empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação. § 1º Deverá constar ainda do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for I - microempresa ou empresa de pequeno porte; II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; e III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação. § 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios. § 3º O disposto no inciso II do caput deste artigo deverá ser comprovado no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades. § 4º Não deverá ser exigida a subcontratação quando esta for inviável, não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, devidamente justificada. § 5º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

- não se enquadrar nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 da lei nº 8.666/1993<sup>168</sup>.

Como podemos constatar, a subcontratação obrigatória não se dá em razão de necessidade técnica da contratada: dá-se para fomentar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte no mercado da compra pública, podendo até mesmo implicar aumento do preço final a ser pago pela Administração Pública.

Tal medida, que pode para alguns parecer negativa do ponto de vista da economicidade, denota que a vantajosidade a ser garantida à Administração Pública vai bem além da questão do preço e, de outra banda, que o exercício da função horizontal da contratação administrativa por meio da subcontratação obrigatória auxilia também no incremento das microempresas e empresas de pequeno porte, que de outro modo ficariam confinadas em certames geralmente de baixo valor agregado, sem acesso a um outro patamar de contratações de objetos mais complexos.

### **3.7. Reserva de cotas**

Trata-se de mecanismo igualmente previsto na Lei Complementar nº 123/2006 e que estabelece, para a aquisição de bens de natureza divisível, a obrigatoriedade (e não mais a faculdade em razão de alteração efetuada pela Lei Complementar nº 147/2014) de que a Administração Pública reserve cota de até 25% do objeto contratual para que apenas microempresas e empresas de pequeno porte participem da disputa, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto.

É o que dispõe o artigo 48, III da Lei Complementar nº 123/2006:

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Essa previsão tem relação com a aplicação da regra do parcelamento de que tratam o inciso IV do artigo 15 e os parágrafos 1º, 2º e 5º do artigo 23 da lei nº 8.666/1993, devendo o objeto contratual – sempre que possível, ou seja, se for técnica e

---

<sup>168</sup>TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e Contratos Administrativos – Orientações e Jurisprudência do TCU*, cit., p. 792-793.

economicamente viável – ser subdividido em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado e fomentar a competitividade. No caso, sendo o objeto da licitação divisível, o edital estabelecerá itens que sejam cotados apenas por pequenas empresas e empresas de pequeno porte.

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti<sup>169</sup>

Após avaliação técnica e decisão de que o objeto pode ser dividido e individualizado em itens, devem ser feitas licitações distintas para cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, preservada, em cada licitação, a modalidade que seria a pertinente para a execução de todo o objeto da contratação, segundo o seu valor global estimado. Assim, se forem realizados um ou mais processos de licitação, devem ser somados os valores de todos os itens para a definição da modalidade licitatória adequada.

Licitação parcelada, a exemplo da licitação por item, decompõe-se em várias licitações dentro de um único procedimento, em que cada parcela é julgada em separado. Nesse sentido a orientação do Acórdão nº 1.331/2003-Plenário, do Tribunal de Contas da União, relator o Ministro Benjamin Zymler, *verbis*: "A leitura atenta do próprio dispositivo legal transcrito pelo responsável (art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993) na parte inicial de sua primeira e segunda intervenções revela que é objetivo da norma tornar obrigatório o parcelamento do objeto quando isso se configurar técnica e economicamente viável. O dispositivo dá um caráter impositivo ao parcelamento na medida em que traz uma obrigação para o administrador público por meio da expressão ...serão divididas...".

Veja que a reserva de cotas é o patamar mínimo estabelecido pela lei, não havendo qualquer impedimento a que microempresas e empresas de pequeno porte sejam contratadas para a prestação da totalidade do objeto contratado, ou seja, que seja vencedora em todos os itens de um dado certame.

O objetivo, mais uma vez, foi o de forçar a inserção de microempresas e empresas de pequeno porte no mercado público, reservando-lhe parte do certame.

---

<sup>169</sup>PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, fev. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52292>>. Acesso em: 5 out. 2014.

### 3.8. Licitações exclusivas

Previstas no §12<sup>170</sup> do artigo 3º da lei nº 8.666/1993 e no inciso I<sup>171</sup> do artigo 48 da Lei Complementar, as licitações exclusivas são certames com participação restrita por lei a determinados setores ou atores, com vistas a fomentar o ingresso e a presença desses no mercado público.

Segundo o inciso XIX do artigo 6º da lei de licitações, sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos são “bens e serviços de tecnológica da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confiabilidade”.

Assim, uma vez considerados estratégicos por meio de ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, de Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, nos termos do que dispõe o Decreto nº 7.546/2011<sup>172</sup>, poderão ser realizadas licitações exclusivas de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico, de modo a assegurar a preservação dos requisitos acima relacionados e evitar a descontinuidade dos serviços.

De outra banda, as licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte têm por objetivo incrementar a participação dessas no mercado das compras públicas gerando, por consequência, o aumento de empregos, o desenvolvimento desses atores, o incremento da economia como um todo, etc.

Daí porque a lei reservou certos certames de menor valor – realizados via modalidade convite ou pregão – cujos objetos provavelmente não apresentem grande complexidade, para que apenas microempresas e empresas de pequeno porte dela participem,

<sup>170</sup>§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

<sup>171</sup>Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **deverá** realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

<sup>172</sup>Art. 10. Nas contratações a que se refere o § 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, destinadas à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, desde que considerados estratégicos por meio de ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, de Ciência e Tecnologia e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

concorrendo entre iguais, presumidamente com capacidade técnica, operacional e financeira mais similar do que em relação a empresas de médio e grande porte.

O Tribunal de Contas da União inclusive já fixou o entendimento de ser possível a instituição das licitações exclusivas a entidades de menor porte em certames de menor preço por item, isto é, cujos itens não ultrapassem o valor de R\$ 80.000,00, ainda que o somatório total dos itens licitados seja superior a esse valor. As licitações exclusivas, ademais, podem existir ainda que se trate de certame de ata de registro de preços, desde que as adesões ao item sejam limitadas ao teto de R\$ 80.000,00<sup>173</sup>.

A realização de licitações exclusivas, contudo, não é irrestrita. Segundo o que estabelece o artigo 49 da mesma lei, a previsão contida no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 tem aplicação somente às contratações mediante licitação, sendo inaplicáveis no caso de dispensa ou inexigibilidade, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Também não se aplica caso não haja um número mínimo de três<sup>174</sup> fornecedores competitivos enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (problema logicamente inexistente no caso de pregão, especialmente se eletrônico).

Ainda, a realização de certame exclusivo é vedada caso isso não seja vantajoso para a Administração Pública ou, ainda, caso isso represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Essa ressalva é, na verdade, uma condicionante de importante validade. Como vimos, as licitações exclusivas são um dos instrumentos de que deve se valer a Administração Pública para, no exercício de função horizontal da compra pública, atingir determinado objetivos ambientais, sociais e econômicos.

Logicamente, a realização de licitações a serem prestadas unicamente por microempresas e empresas de pequeno porte, todavia, não pode implicar que objeto da contratação em si não será prestado ou que ele será prestado fora do tempo, modo e lugares

---

<sup>173</sup>Acórdão nº 2927/2011 – Plenário TCU, Relator Min. André Luis de Carvalho, Processo TC 017.752/2011-6.

<sup>174</sup>O Tribunal de Contas da União entende que não se deve, nas licitações exclusivas, limitar o universo de licitantes às empresas sediadas no Estado em que está localizado o órgão licitador. “Âmbito regional”, segundo a Corte de Contas federal, pode referir-se a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado” (Acórdão nº 2927/2011 – Plenário TCU, Relator Min. André Luis de Carvalho, Processo TC 017.752/2011-6).

devidos em virtude desse benefício previsto em lei. As microempresas e empresas de pequeno porte, em geral, não contam com as estruturas e capacidade técnica das empresas de médio e grande porte e, a depender do objeto a ser contratado, essa falta pode ensejar no inadimplemento contratual.

Como veremos, não é porque alguns setores ou atores contam com benesses legais no âmbito da compra pública que se pode admitir que a Administração Pública deixe de receber o bem, obra ou serviço que contratou com a qualidade almejada. O exercício da função horizontal da compra pública possui o mesmo grau de importância de sua função ordinária – nem mais, nem menos – e ambas devem ser satisfeitas, sem que com isso o Estado aja de modo assistencialista.

Desse modo, e essa disposição prevista no inciso II do artigo 9º do Decreto nº 6.207/2007 se aplica também à subcontratação obrigatória e à reserva de cotas, estará vedada a realização da chamada licitação exclusiva caso se configura sua desvantajosidade e a contratação resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência<sup>175</sup>.

Agora, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, já não há mais a distinção entre a obrigatoriedade e a facultatividade de alguns mecanismos previstos na Lei Complementar nº 123/2006 como havia anteriormente, o que demandará um assentamento das obrigações hoje impostas à Administração. Na atualidade, não apenas o empate ficto, se possível, será necessariamente aplicável, como as licitações exclusivas também terão caráter compulsório, a subcontratação obrigatória também e, do mesmo modo, a reserva de cotas.

### ***3.9. Compras públicas compartilhadas***

Mecanismo que trabalha por excelência com a noção de economia de escala para vencer o desafio de fomentar a sustentabilidade com economicidade, as chamadas compras públicas compartilhadas ainda são de utilização acanhada no Brasil, mas seu uso tende a crescer desde que os órgãos públicos estejam mais preparados para tanto.

---

<sup>175</sup>O problema do dispositivo em questão é que a aferição dessa desvantagem, no caso, se dará quando o certame já estiver em curso e não na fase interna da licitação. A solução proposta por Jessé Pereira Torres, no caso, é afastar a regra da exclusividade e ampliar a licitação para entidades de médio e grande portes, o que deve ser realizado motivadamente e não inibirá, de todo modo, a aplicação da benesse do empate ficto a microempresas e empresas de pequeno porte (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. op. cit.).

Compras públicas compartilhadas consistem na contratação de bens, obras ou serviços feita por entes públicos por meio de licitação realizada por esses conjuntamente, de modo a, em razão do aumento no quantitativo a ser adquirido, conseguir melhores preços junto aos ofertantes. Especialmente para o desenvolvimento de novas soluções ou para a implementação de determinadas políticas sociais e ambientais – que geralmente envolvem custos elevados – medidas que gerem economia de escala têm fundamental importância e podem justificar os custos de desenvolvimento e de produção.

Podem ser encontradas distintas combinações de compras públicas compartilhadas: por meio das *centrais de compras*, que são organizações permanentes que compram em nome de um conjunto de autoridades públicas regionais ou nacionais<sup>176</sup>; ou via *acordos de colaboração*, quando autoridades públicas se juntam numa base regular ou pontual para a realização de aquisições. No Brasil só a última dessas modalidades já foi utilizada, tanto pela inexistência de uma central de compras quanto pela existência de níveis diversos de federação e pela imensidão das dimensões nacionais.

Segundo o Guia SMART SPP<sup>177</sup>, os seguintes fatores devem ser considerados na decisão de realizar uma compra conjunta:

- Considere o setor do mercado – as potenciais economias de escala diferem de acordo com o setor do mercado e, portanto, o valor da utilização de compras conjuntas também diferem.
- Coordenação das necessidades de todas as organizações – definir uma especificação que corresponde às necessidades de todas as organizações de um grupo de compras pode ser difícil e consumir muito tempo. O alinhamento de datas de renovação dos contratos pode também ser problemático. Considere compras conjuntas apenas se as necessidades de todos puderem ser satisfeitas de forma adequada.
- Evite basear-se num único fornecedor – se a compra conjunta atrair apenas grandes fornecedores que não dependem de contratos públicos e, portanto, possuem fortes posições de negociação, os compradores podem arriscar-se a tornarem-se completamente dependentes destes fornecedores.
- Evite excluir pequenas e médias empresas – as empresas mais pequenas podem estar automaticamente excluídas dos grandes contratos devido à sua situação geográfica ou capacidade de fornecimento. Isto

---

<sup>176</sup>No Brasil, em especial nas grandes capitais, não é incomum que uma determinada secretaria seja responsável pela realização de certames (na maioria das vezes atas de registro de preços) para os bens e serviços mais corriqueiramente utilizados pela Administração, de modo não apenas a garanti-las, mas também de padronizar os editais desses objetos. Isso não deixa de ser uma forma de agregação de compras que gera economia de escala.

<sup>177</sup>SMART SPP: innovation through sustainable procurement. *Incentivar a inovação e a eficiência energética através das compras*: um guia prático para as autoridades públicas. Disponível na internet em: <<http://www.smart-spp.eu>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

poderá privar os compradores de ofertas de produtos ou serviços inovadores e ofertas orientadas para nichos de mercado. O uso de lotes separados pode ser uma solução para ultrapassar este problema.

Basicamente, nas compras compartilhadas um grupo de órgãos públicos decide realizar uma compra conjunta. Elaborar-se a partir daí uma lista contendo a necessidade em comum de cada um deles, a pesquisa de mercado dos produtos e serviços (com sua descrição pormenorizada), seguindo-se seu cadastramento em site de compras (no âmbito federal, o conhecido Comprasnet).

Após a pesquisa de mercado e o cadastramento dos produtos para os quais há intenção de registro de preço, é dada a oportunidade para que outros órgãos possam aderir a essa compra. Ocorre, então, uma consolidação da demanda dos órgãos e então se realiza a seção pública de pregão<sup>178</sup>.

Os processos de compras conjuntas são inegavelmente mais complicados, pois eles demandam uma maior especialização dos departamentos de compras dos órgãos públicos.

Como efeito, até pelos valores envolvidos serem altos, há necessidade de ampla pesquisa de mercado; os órgãos engajados têm de fazer uma estimativa o mais precisa possível para que não haja pouco consumo em relação ao que foi estimado causando descrédito desse tipo de compra no mercado; há que se coordenar as necessidades de todas as organizações; as áreas responsáveis pelas compras têm de conhecer melhor o parque produtivo nacional (o setor do mercado respectivo deve ser considerado) e seus produtos (avaliação de seu ciclo de vida) para a elaboração de especificação técnica precisa; cada vez mais deve ser disseminado o conhecimento e as experiências para aprimoramento do setor de compras; há que se ter um planejamento para aumento gradativo no volume das compras públicas sustentáveis e a experiência deve levar à desburocratização e otimização das estruturas.

Há, ademais, a questão do tempo envolvido nesse tipo de compra. Novas soluções ou mecanismos tendem a demandar mais tempo em seu princípio, pelas naturais dificuldades sentidas nas experiências pioneiras. Isso não deve ser um impeditivo para sua utilização, pois é desse modo que se atinge a excelência em algo.

---

<sup>178</sup>Experiência pioneira nesse sentido foi realizada por Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro. A compra pública sustentável foi compartilhada com a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), Ministério da Agricultura, Receita Federal, Ministério da Educação, Universidade Federal de Pernambuco, etc. e gerou um ganho de escala gigantesco, com a economia de 49,89% do valor estimado (SILVA, Renato Cader da; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 63, n. 2, p. 157-175, abr./jun. 2012).

Todavia, principalmente para a entidade que coordena um processo de compra conjunta, há que se cotejar o tempo gasto para a realização dessa compra conjunta (certamente maior do que o tempo que seria gasto com um processo de compra conduzido apenas para sua organização) com as economias conseguidas pelo ganho de escala das compras compartilhadas. Só assim poderá ser feita uma eficiente tomada de decisão do administrador público quanto aos benefícios de sua instituição ou não.

De outra banda, há sempre que se ter em mente que, principalmente no caso de um grupo de órgãos engajados na realização de uma compra pública compartilhada, se houver uma espécie de “rodízio” na coordenação das licitações, o tempo gasto para a realização de uma compra compartilhada por um dado órgão coordenador pode ser compensada pelo tempo poupado nas demais compras às quais ele aderir.

O compartilhamento de compras obedece à lógica do razoável, tendo por etapas de implementação, no caso dos acordos de colaboração, a elaboração de lista, o cadastramento de bens e serviços, pesquisa de mercado, a chamada intenção de registro de preço e, por fim, a realização do pregão.

Desse modo, tal como ocorre nas atuais compras coletivas privadas tão usualmente realizadas na internet, as compras públicas compartilhadas têm como premissa a força de barganha que o poderio da compra coletiva realizada por órgãos públicos pode conjuntamente gerar, especialmente se os objetos a serem licitados forem sustentáveis, visto que seus preços ainda costumam ser altos<sup>179</sup>.

### **3.10. A exigência de rótulos e certificações**

Segundo o Guia de Compras Públicas Sustentáveis para a Administração Federal<sup>180</sup>,

A certificação é um instrumento que atesta determinadas características de um produto ou de um processo produtivo. A certificação surgiu de uma demanda do mercado em identificar a procedência, o processamento e/ou a qualidade de um determinado produto, fornecendo ao produtor um diferencial e estabelecendo uma reação de confiança com o consumidor.

---

<sup>179</sup>Se a compra pública compartilhada ainda é uma experiência excepcional no Brasil, não se pode deixar de consignar a difusão, em solo pátrio, de instituto que guarda com ela certa similaridade: a ata de registro de preços.

<sup>180</sup>MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Guia de Compras Públicas Sustentáveis para Administração Federal*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/06/Carilha.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014. As informações contidas nesse item são, em sua maioria, extraídas do referido Guia.

A rotulagem ambiental, por sua vez, é um mecanismo de comunicação com o mercado sobre os aspectos ambientais do produto ou serviço como objetivo de diferencia-lo de outros produtos. Ela pode se materializar por meio de símbolos, marcas, textos ou gráficos. Pode ou não seguir determinado processo de certificação.

Embora sejam mecanismos indiretos, as certificações e rotulagens apresentam a grande qualidade de deixarem claro – extirpe de dúvidas – que um determinado certame está a buscar não só a consecução de uma dada finalidade ordinária (a satisfação de uma necessidade pública consistente em um determinado bem, serviço ou obra), mas também que a entidade contratante deseja ter a certeza de que a cadeia produtiva desse objeto contratual levou em conta critérios ambientais e sociais relevantes. Ademais, a exigência de certificação simplifica e padroniza a licitação, facilitando os trâmites documentais que cercam o processo licitatório.

Por meio dela, a Administração Pública admite a idoneidade do licitante ou a qualidade da prestação oferecida com base em uma avaliação prévia, desenvolvida fora da licitação, por um terceiro que detenha competência técnica ou credibilidade para tanto<sup>181</sup>.

Os certificados e rotulações são uma tendência atual do mercado. A pressão por produtos e serviços ambiental e socialmente corretos faz com que muitas empresas adotem medidas de reestruturação interna buscando o desenvolvimento de seus serviços e produtos sob o pilar da sustentabilidade, de modo a assegurar a produção ecoeficiente, a proteção à igualdade de gênero e diversidade, a proteção contra o trabalho infantil e respeito aos direitos sociais, etc. Daí o surgimento – a par dos rótulos e certificações ambientais - de certificações de natureza mais social<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A exigência de certificação de qualidade nas licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 127-137.

<sup>182</sup>São exemplos de certificação social e econômica: o Selo Empresa Amiga da Criança (da Fundação Abrinq, referente a empresas que não utilizem mão-de-obra infantil e que contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes no Brasil); o ISO 26000 (que avalia a responsabilidade social da empresa, levando em conta a governança organizacional, os direitos humanos, as práticas do trabalho, o meio ambiente, as práticas justas de operação, questões afetas ao consumidor e o envolvimento e desenvolvimento da comunidade) e o SA8000 (a *Social Accountability 8000*, cujo enfoque principal são as relações trabalhistas, assegurando que não exista ao longo da cadeia produtiva ilegalidades como o trabalho infantil, o trabalho escravo ou a discriminação).

A rotulagem ambiental<sup>183</sup>, também chamada de eco-rotulagem, rótulo ecológico ou selo verde possui diferentes metodologias de aferição de sustentabilidade do produto: pode levar em conta o ciclo de vida do produto, isto é, todo o processo produtivo do produto (sendo o mais útil para a avaliação da sustentabilidade ou não de um determinado produto); ou conter tão somente declarações ambientais do produto, fazendo “referência a critérios técnicos que também podem estar detalhados no produto, na forma de diagramas e consumo de recursos, aquecimento global etc”<sup>184</sup>.

Os certificados e rótulos podem ser emitidos por: i) entidades públicas, ii) entidades privadas sujeitas à autorização ou fiscalização pelo Poder Público; iii) entidades privadas cujas atribuições são acometidas por lei; iv) entidades cujo procedimento de atuação é disciplinado por regulamentos públicos; v) entidades destituídas de qualquer vínculo com o Poder Público e não submetidas a qualquer forma de controle estatal, regidas por códigos de condutas próprios<sup>185</sup>

Como esclarece Marçal Justen Filho referindo-se às certificações (mas isso se aplica também aos rótulos), trata-se de ato de direito privado e não de direito público, daí a possibilidade de que empresas privadas sejam as responsáveis por essa declaração de perfeição e aceitabilidade de um produto, processo de fabricação ou de um serviço<sup>186</sup>.

Para determinar a legitimidade de uma rotulagem ambiental (e, desse modo, fugir ao fenômeno do *green washing*, consistente no falso uso da sustentabilidade para melhorar a imagem pública de uma determinada empresa), a norma ISO 14024 constatou a existência de três tipos de rotulagens ambientais terceirizadas, cada qual com maior ou menor grau de confiabilidade. São eles, conforme o Guia de Compras Públicas Sustentáveis para a Administração Federal<sup>187</sup>:

---

<sup>183</sup>São exemplos de rótulos e programas ambientais de certificação: EU Ecolabel, “Blaue Angel” RAL-UZ14, *Nordic Swan*, *Energy Star*, *TCO Development 03*, a certificação florestal concedida pelo *Forest Stewardship Council* (FSC), o Programa de Certificação Florestal do Imaflo, o selo de garantia da AAOCert, o CERFLOR, desenvolvido pelo Inmetro no bojo do Programa Brasileira de Certificação Florestal, o PIF – Produção Integrada de Frutas e o PBE – Programa Brasileira de Etiquetagem, ambo desenvolvidos também pelo Inmetro; o Programa Brasileiro de Certificação em Biocombustíveis, o selo PROCEL de economia de energia.

<sup>184</sup>MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Guia de Compras Públicas Sustentáveis para Administração Federal*, cit.

<sup>185</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. op. cit., p. 127-137.

<sup>186</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*, cit., p. 142.

<sup>187</sup>MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Guia de Compras Públicas Sustentáveis para Administração Federal*, cit. As informações contidas nesse item são, em sua maioria, extraídas do referido Guia.

Selos tipo I – A ISO defini-os como “voluntários”. São baseados numa multiplicidade de critérios e em programas profissionais que outorgam rótulos (ou selos) que abrangem produtos de uma determinada categoria, considerando o ciclo de vida. O critério estabelecido por um corpo independente de profissionais e monitorado por um processo de certificação e auditoria. A transparência e credibilidade destes selos é assegurada por certificação terceirizada. Os critérios para produtos são desenvolvidos e preparados.

Selos tipo II – Informativos ambientais auto-declarados (ou auto declarações). São declarações ambientais sobre produtos, feitas pelos próprios fabricantes, importadores ou distribuidores. Não são verificadas por órgãos independentes e não usam critérios de referência geralmente aceitos ou pré-determinados. São considerados os menos informativos dos três selos.

Selos tipo III – Informação Quantificada do Produto (Quantified Product Information – QPI). São selos emitidos com base em verificação independente, com uso de indicadores pré-estabelecidos. A QPI lista um menu de impactos ambientais de um produto ao longo do seu ciclo de vida, de acordo com as categorias de informações estabelecidas pelo setor industrial ou de entidades independentes. Ao invés de julgar produtos as QPIs fornecem uma pontuação para cada produto, baseado no método LCA em vigor, deixando o julgamento final a critério do consumidor. Essa pontuação ambiental é compilada por uma agência de certificação terceirizada e baseia-se em um número de indicadores de performance (EPI), por exemplo, uso de energia, emissão de gases poluentes, de água, etc. Isto permite ao consumidor comparar as pontuações de diferentes produtos e comprar o de “melhor nota” (melhor pontuação).

Como pode ser verificado, apenas o Selo tipo I pode constar de editais de licitação, na medida em que ele é de igual aferição para todos (diversamente do que ocorre com o selo do item III) e é, ademais, certificado de modo confiável por terceiro alheio à produção (no que difere do selo tipo I).

Mas, mesmo nesses casos, sua exigência deve ser feita com cautela, por diversas razões. O fato é que aceitar tão somente propostas de empresas certificadas ou com produto ou processo produtivo certificado pode vir a restringir demasiadamente o universo de licitantes de um dado certame.

A certificação implica custos, em geral altos, porque não apenas a empresa privada ou entidade pública certificadora será remunerada pela certificação em si (recebendo ainda um pagamento periódico para a manutenção da certificação, após aferição de que a empresa certificada mantém as condições que lhe foram outrora exigidas para que a certificação fosse outorgada), como muito provavelmente investimentos terão de ser feitos para que a empresa interessada consiga adequar-se às exigências da certificadora.

Estabelecer num dado certame sua exigência, portanto, gerará custos de transação que serão inseridos no valor da proposta, por certo.

Ainda em virtude do custo envolvido, é perfeitamente possível que uma empresa opte por não ser certificada e, todavia, possua todos os requisitos para receber a certificação. Pode ser o caso, por exemplo, de empresas que vendem madeira devidamente legalizada e que fazem seu correto manejo, mas que não possuem as certificações existentes no mercado. A madeira é legal, só não é certificada.

Há também a questão do tempo para obtenção da certificação. Ele varia conforme o tipo desejado e, mesmo após sua obtenção, isso não é garantia de que o objeto contratual será prestado adequadamente. O que uma certificadora exige pode não ser necessário ou adequado à execução do contrato e, de outra banda, algo que seja realmente importante para a boa execução contratual pode não ser levado em consideração pela certificadora<sup>188</sup>.

Não bastassem todas essas questões, há a polêmica sobre a possibilidade de sua previsão como requisito de habilitação.

O artigo 37, XXI da Constituição Federal, a lei só poderá estabelecer exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento do contrato. Por essa razão, a pacífica jurisprudência dos Tribunais de Conta entende<sup>189</sup> que: 1- apenas a lei pode estabelecer os requisitos de habilitação; 2- como norma geral que é, a lei nº 8.666.1993 já estabelece no artigo 30 rol exaustivo de requisitos para comprovação da qualificação técnica do licitante e a certificação não está dentre elas, de sorte que sua exigência em editais esbarra em falta de amparo legal. Segundo esse posicionamento, portanto, as certificações podem ser demandas apenas como critério de pontuação técnica e não como requisito de habilitação.

Seguindo essa orientação, a Instrução Normativa nº 01/2010 SLTI/MPOG (acima tratada) tem previsão no artigo 5º §1º da possibilidade de exigência de certificação como

---

<sup>188</sup>Segundo Rafael Wallbach Schiwnd e Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer isso pode levar a dois riscos: “(i) a empresa que não cumpre as exigências para a certificação atende plenamente às necessidades da Administração Pública; e (ii) a empresa cumpre os requisitos necessários para a obtenção da certificação, mas mesmo assim não atende às condições imprescindíveis para a execução satisfatória do serviço exigido pelo Poder Público” (SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. op. cit., p. 127-137).

<sup>189</sup>Nesse sentido, por exemplo: Acórdão 2.521/2008 – Plenário TCU, Acórdão 1.292/2003 – Plenário TCU, Acórdão 2.215/2008 – Plenário TCU, Acórdão 392 – Plenário TCU; Acórdão 1354/2010 – 1ª Câmara TCU, Acórdão 1310/2010 – 1ª Câmara TCU, Acórdão 492/2011 – Plenário TCU, Acórdão 1085/2011 – Plenário TCU e Acórdão 2318/2014 – Plenário TCU.

um critério de avaliação de propostas. Nesse mesmo sentido, o artigo 8º<sup>190</sup> do Decreto nº 7.746/2012.

Ocorre que novas leis e outras normas vêm deitando diferentes luzes sobre a questão, mas nada há claramente definido a respeito do tema.

Deveras, a lei nº 12.232/2010, que instituiu normas gerais para licitações e contratações de serviços de publicidade pela Administração Pública estabelece em seu artigo 4º e no § 1º que esses serviços serão contratados em agências de propaganda “que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento” perante do Conselho Executivo de Normas-Padrão, ou “por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda”. Com isso, uma lei (o que tira o entrave levantado da falta de amparo legal para a exigência de certificação) vem à lume. O que não se sabe com clareza é se isso configura um novo requisito de habilitação ou não, pois a redação dá a entender foi essa a intenção, sem contudo explicitá-la<sup>191</sup>.

O fato se repete no Regime Diferenciado de Contratações (lei nº 12.462/2011). O artigo 7º, inciso III faculta à Administração Pública solicitar do licitante ou do futuro contratado (no caso das contratações diretas) prova da certificação de qualidade do produto ou do seu processo produtivo, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou entidade credenciada.

---

<sup>190</sup>Art. 8º - A comprovação das exigências contidas no instrumento convocatório poderá ser feita mediante certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio definido no instrumento convocatório.

§ 1º Em caso de inexistência da certificação referida no **caput**, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório.

§ 2º Caso o bem ou serviço seja considerado inadequado em relação às exigências do instrumento convocatório, o contratante deverá apresentar razões técnicas, assegurado o direito de manifestação do licitante vencedor.

<sup>191</sup>Segundo o entendimento de Rafael Wallbach Schwind, a lei criou efetivamente um novo requisito de habilitação (apesar de todas as críticas que possam ser tecidas a respeito): a apresentação desse certificado de qualidade técnica (SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 106, p. 30-44, out. 2010). Já Jessé Pereira Torres e Marinês Restelatto Dotti consideram que isso não é possível em razão de todo o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a exaustividade do artigo 30 da lei nº 8.666.1993, de modo que a certificação só pode ser exigida na fase de julgamento e classificação das propostas ou como obrigação contratual. Segundo os autores, a habilitação visa a aferir a idoneidade jurídica, fiscal, trabalhista, técnica e/ou econômico-financeira da pessoa física ou jurídica que almeja contratar com a Administração Pública e a certificação não se presta a isso (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Os instrumentos de certificação da qualidade nas compras sujeitas ao RDC. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=82311>>. Acesso em: 17 out. 2014).

Trata-se de exigência que deve ser motivada pela Administração Pública, nos termos previstos no artigo 4º, inciso IV, alínea “d” do decreto nº 7.581/2011. Seu artigo 8º diz que o instrumento convocatório definirá os requisitos de habilitação e a exigência, quando for o caso, de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação. Parece também que a lei abriu a possibilidade da certificação ser exigida como requisito de habilitação ou como critério de julgamento e classificação das propostas.

O único instrumento normativo que de forma clara prevê a exigência de certificação como critério de habilitação é de legalidade duvidosa, pois está estabelecido no Decreto nº 7.174/2010, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação (portanto, não foi estabelecida em lei) no âmbito da administração pública federal.

Seu artigo 3º apresente a seguinte redação:

Art. 3º - Além dos requisitos dispostos na legislação vigente, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá conter, obrigatoriamente:

(...)

II- As exigências, na fase de habilitação, de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro, que atestem, conforme regulamentação específica, a adequação dos seguintes requisitos:

- a- Segurança para os usuários e instalações;
- b- Compatibilidade eletromagnética;
- c- Consumo de energia.

Segundo nos parece, a exigência da apresentação de certificações e rotulagens é lícita e deve ser incentivada, pois dá uma certeza maior de que o contratado está preocupado e atua em sua cadeia produtiva com responsabilidade ambiental e social.

Entretanto, não deve ser considerada como um requisito de habilitação para participação do certame, mas tão somente como critério de pontuação ou como obrigação contratual, por todos os motivos já considerados alhures e pelas implicações restritivas que causaria ao certame.

Como mecanismo indireto para o exercício da função horizontal da compra pública, sua previsão em editais deve ser incrementada, mas não a ponto de alijar eventual licitante sem certificação que tenha condições de prestar o objeto contratual com o devido denodo e preocupação com questões sociais e ambientais. Nunca é demais ter em conta que o

fomento à livre concorrência também é uma das finalidades do certame e que, portanto, os requisitos de habilitação devem ser estabelecidos de forma restritiva.

Nessa toada, vale a pena replicar uma parte das ponderações da Secretaria de Direito Econômico<sup>192</sup> do Ministério da Justiça sobre alguns princípios que devem ser incorporados às normas que regem as licitações, de forma a diminuir o conluio dos licitantes:

*Redução das barreiras à entrada:* Os requisitos de habilitação devem ser aqueles estritamente necessários para o fornecimento do bem adquirido ou do serviço contratado. Exigências desnecessárias diminuem o universo dos licitantes e impedem a entrada de novas empresas, o que facilita o conluio. Por outro lado, os requisitos não podem permitir a entrada de empresas sem qualificação suficiente, algo de expõe o Erário e a sociedade ao custoso risco de descumprimento do contrato;

*Redução dos custos de participação:* a participação em procedimentos licitatórios não pode ser excessivamente custosa, já que isso pode diminuir o universo de fornecedores, o que facilita o conluio. A facilidade para conhecimento da existência e das condições do certame, o emprego de tecnologia da informação para suportar o processo e a possibilidade de comprovação da habilitação após o processo de licitação são todas medidas que tornam a participação em licitações mais barata.

A necessidade de acomodar as diversas finalidades do certame e da contratação administrativa deve estar sempre na mente do administrador na formulação de seus editais: são vários os interesses públicos subjacentes e a modulação das exigências deve guardar pertinência, razoabilidade e proporcionalidade.

Daí porque mesmo no caso da exigência de certificação deve continuar aberta a possibilidade de apresentação de outra prova, sob pena de discriminar injustificadamente o agente econômico que possui todos os requisitos para a boa execução do contrato e preencha em tese das exigências das certificadoras, mas que não tenha no momento condições econômicas de arcar com os altos custos da certificação.

### ***3.11. A inclusão de cláusula de barreira para impedir a dominação de mercado***

A efetiva concorrência entre os licitantes é condição fundamental para que as licitações resultem em contratações eficientes pelo Estado. É em geral por meio da concorrência ampla que a Administração assegura o uso racional e otimizado de seus escassos recursos, obtendo o melhor bem, serviço ou obra que se pode obter com o dispêndio de um certo montante.

---

<sup>192</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência. *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007*, cit.

A concorrência possui íntima relação com a isonomia, que antes de ser uma finalidade da licitação, é – antes de tudo – sua causa.

Conforme assevera Joel de Menezes Niebuhr:

a causa mor da licitação pública é o princípio da isonomia, uma vez que o contrato administrativo implica benefício econômico ao contratado e, por isso, todos aqueles que tiverem interesse em auferir aludido benefício devem ser tratados de modo igualitário por parte da Administração Pública, pelo que se impõe a ela realizar procedimento administrativo, denominado *licitação pública*<sup>193</sup>.

Ocorre, entretanto, que por vezes assegurar a presença em um certame de agentes econômicos com força muito discrepante em mais de um lote em uma mesma licitação ou mesmo assegurar sua participação no certame de modo geral pode implicar o fim da livre concorrência e na violação da própria essência material da igualdade, pela impossibilidade de competição entre desiguais.

É por essa razão que, com a motivada e restritiva finalidade de assegurar a livre concorrência, Administração Pública pode definir limites à participação de determinada empresa no certame, isto é, pode instituir cláusula de barreira em seus editais para evitar a dominação de mercado. Na medida em que cabe ao Poder Público a defesa da estrutura de um mercado competitivo na condução de uma licitação, seus editais devem ser elaborados de forma a prevenir concentrações.

É nesse sentido, por exemplo, a previsão contida no artigo 38, inciso IV da lei nº 9.478/1997, mais conhecida como Lei do Petróleo:

Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências:

IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, *ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco*;

Do mesmo modo, o artigo 19 da lei nº 8.987/1995:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

III- Impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

---

<sup>193</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p. 210.

A finalidade da lei foi não apenas de evitar o conluio entre as licitantes como também impedir a dominação de mercados, de modo que a Administração Pública possa – lastreada em estudos técnicos que apontem para a possibilidade de configuração desse domínio e sempre com a cautela necessária a uma medida restritiva de tal monta – prever em seus editais a cláusula de barreira, impedindo o acesso ao mercado por aquele que já se encontre em posição dominante.

Na verdade, mesmo sem que haja lei estabelecendo essa previsão, é justamente com vistas a essa função horizontal de cunho regulatório que possui a compra pública que pode o Poder Público estabelecer essas restrições (sempre limitada e motivadamente, apenas na medida exata do necessário).

É assim que temos, apenas para citar como exemplo, a restrição contida na 8ª rodada de licitações para outorga de contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural com risco exploratório. Na ocasião, a Agência Nacional de Petróleo – ANP estabeleceu restrições ao número de blocos por setor a serem operados por uma mesma empresa.

A instituição da referida cláusula de barreira gerou a propositura de ações (Ação Popular nº 2006.51.01.022361-7, da 3ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro e Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0, da 9ª Vara Federal do Distrito Federal). Em ambos os casos foram concedidas medidas liminares que foram confirmadas em segundo grau, o que levou a ANP a tentar a suspensão da liminar junto ao Supremo Tribunal Federal.

Em decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a liminar mantida pelo Poder Judiciário Federal do Distrito Federal e estendeu os efeitos dessa decisão à liminar proferida no Rio de Janeiro.

Vejamos o que consta na Ementa da Suspensão de Liminar 176/DF:

Referente à Petição nº 152.054/2007.1. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e a União, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, requereram a suspensão da execução da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0 (fls. 43-45), que deferira o pedido de liminar para suspender a licitação para a outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco operacional, referente à denominada "8ª Rodada de Licitações", que teria início no dia 28 de novembro de 2006, ao entendimento de que poderia haver prejuízo ao patrimônio público, "com o alijamento do certame da principal empresa brasileira cuja atividade é de reconhecido caráter nacional destinado a garantir o abastecimento do País da energia resultante dos derivados de petróleo" (fls. 44-45).2.

Deferi o pedido de suspensão, em decisão assim fundamentada, verbis: "7. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. No presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porque a decisão em tela impede a efetivação pela Administração de políticas públicas que visam a dar suporte material ao desenvolvimento e crescimento econômico do país, tendo em vista a nossa matriz energética, baseada no petróleo e no gás natural. Nosso país luta há décadas para se tornar independente em relação à produção de petróleo e, principalmente, de gás natural, objeto freqüente de todos os noticiários nacionais. O tempo é implacável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior, certo que estamos a discutir questões relativas a materiais fósseis, que demandam constantes pesquisas, prospecções e altos investimentos. A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica. Entendo que a decisão judicial impugnada impõe à Administração, mesmo que indiretamente, a modificação de um modelo de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural, fruto da experiência obtida nas rodadas anteriores, o que, em princípio, desvirtua a atuação normativa e reguladora da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Também é inegável a ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada no fato de que a decisão proferida na ação popular em apreço, ao impedir o prosseguimento dos leilões de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural prejudica a constante necessidade de reposição das reservas nacionais, as quais são fruto de um processo de longo prazo, que chega a durar mais de dez anos entre a realização da licitação de um bloco e o efetivo início da produção de uma bacia que porventura venha a ser descoberta. Assim, os prejuízos

à ordem econômica de nosso país dificilmente se reverterão ao final da tramitação desse processo, motivo que, por si só, legitima a suspensão imediata da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.8. Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão da execução da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0." (Fls. 687-689). Publique-se e archive-se. Brasília, 11 de outubro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (STF - SL: 176 DF, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 11/10/2007, Data de Publicação: DJe-126 DIVULG 18/10/2007 PUBLIC 19/10/2007 DJ 19/10/2007 PP-00024)

A possibilidade da instituição desse mecanismo restritivo em prol da competitividade foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, embora não se possa deixar de assinalar que os fundamentos utilizados pela Ministra Ellen Gracie sejam de índole mais política que jurídica, sem atentar para o fato de que a previsão de cláusula de barreira estaria fundamentada na obrigatoriedade de uso do certame também para a consecução de finalidades extraordinárias.

Marcelo Lauer Leite traz alguns outros exemplos de instituição de cláusula de barreira para impedir a dominação de mercados. Na Concorrência 001/96, aberta pelo Ministério das Comunicações para a outorga de concessão para exploração de serviço móvel celular em dez áreas que abrangiam todo o território nacional foi inserida no edital cláusula<sup>194</sup> estabelecendo que uma mesma pessoa jurídica ou consórcio, ou esses entes coligados entre si, só poderiam explorar o objeto licitado em, no máximo, duas áreas de concessão, sendo que uma deveria abranger os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste e a outra, áreas que contemplassem os estados das regiões Sul e Sudeste.

Nessa mesma toada, vedando a contratação de um mesmo licitante em mais de um dos cinco lotes, foi inserida a cláusula 14.1 no edital de pré-qualificação para concorrência 003/05 - realizada pela empresa Desenvolvimento Rodoviário S/A – DERSA - com vistas à execução de obras e serviços de construção do trecho sul do Rodoanel Mário Covas no Estado de São Paulo. Recentemente, foi também instituída a cláusula restritiva 4.4.1. no edital de qualificação de empresas para a execução de obras civil, mecânicas e elétricas no projeto de transposição do Rio São Francisco, dispondo que para um concorrente se sagrar vencedor em mais de um dos catorze lotes existentes, sem capital social deveria ser igual

---

<sup>194</sup>Eis a redação da cláusula mencionada: “4.8 Uma mesma pessoa jurídica ou consórcio ou, pessoas jurídicas coligadas entre si, só podem explorar o Serviço Móvel Celular, no máximo, em duas Áreas de Concessão, sendo uma dentre as Áreas de 1 a 6 e, a outra dentre as Áreas de 7 a 10, mencionadas no ANEXO I deste Edital, em conformidade com o Art. 12 da Lei nº 9.295/96 e subitem 5.2.6 da NGT nº 20/96”.

ou superior ao somatório dos capitais sociais requisitados para todos os lotes de forma individual<sup>195</sup>.

Marcos Juruena Villela Souto cita ademais, como exemplo, outro caso de criação de cláusula de barreira em licitação para contratação de empresa fornecedora de “quentinhas” para presídios.

No caso, havia uma empresa fornecedora de “quentinhas” para presídios que vinha reiteradamente vencendo – de forma lícita – todas as licitações. Ela obedecia a todos os requisitos técnicos, de qualidade do produto e do serviço e ainda possuía o melhor preço. Tinha *know how* e vinha aperfeiçoando seus serviços cada vez mais. Todavia, apesar desses aspectos positivos, esse domínio era problemático, tanto que um decreto do Governador do Estado do Rio de Janeiro determinou a formação de uma comissão especial, que submeteu o edital instituindo a dita cláusula restritiva à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Essa se manifestou pela licitude da inclusão de cláusula de barreira em certame na modalidade concorrência para o fornecimento de alimentação preparada aos internos do Sistema Penitenciário Estadual e Casas de Custódia (Parecer nº 01/2001-MJVS, de 11/01/2001 – Ofício SEJDH/GAB nº 15/2001 – Secretaria do Estado de Justiça e de Direitos Humanos – Licitação – Concorrência Pública – Fornecimento de Alimentação Preparada aos Internos do Sistema Penitenciário e Casas de Custódia – Exame de Edital após sua publicação).

A justificativa para a cláusula de barreira estabelecida foi não apenas impedir a dominação de mercado, como também por questão de segurança: por haver a participação de detentos na preparação da alimentação e diante da constatação de que havia nos presídios facções criminosas rivais, haveria a possibilidade de sabotagem, o que poderia ensejar a responsabilidade do Estado. Esse entendimento foi reforçado pelo Tribunal de Contas do Estado (Processo nº E-06/939.148/99), o qual ponderou que “o Estado apresenta-se como refém de um único fornecedor, o que denota que, de balde as tentativas

---

<sup>195</sup>LEITE, Marcelo Lauer. Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE); Fundação Getúlio Vargas (FGV); Escola de Administração Fazendária (ESAF). (Org.). *III Prêmio SEAE de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*. 1. ed. Brasília: Seae, 2009. v. 1, p. 835-890. Sobre a função regulatória da licitação, o autor consigna que não há mercado sem concorrência; não há concorrência sem liberdade e não há liberdade sem regulação, de modo que o mercado só existe na medida em que há a regulação da concorrência de modo que a instituição de certas restrições posteriores à habilitação podem ser lícitas, desde que haja justificativa constitucional para tanto.

encetadas, ainda persiste a disfunção no mercado, o que tem impedido a realização do princípio da competitividade nesse relevante setor”<sup>196</sup>.

Sobre a possibilidade de instituição de cláusula de barreira em certames, ponderou o referido autor que:

Para prevenir a dominação de mercados, pode ser adotada a clamada “cláusula de barreira”; trata-se de opção discricionária, juridicamente defensável; afinal, o objetivo da licitação é a libertação da Administração de uma situação de concentração econômica num segmento, o que é repudiado pelo art. 173 §4º, CF; no procedimento licitatório, em que a Administração Pública exerce o seu “poder de contratação” (ou “poder de compra”) é inegável a existência de uma regulação do “mercado”, sendo, pois, válida, a prevenção da concentração. Sob a mesma justificativa supra, é defensável vedar-se a participação de anteriores adjudicatários, buscando evitar que o dominador do mercado participe, viabilizando assim, o ingresso de novos agentes nesse segmento; a posição é defensável sob a ótica do direito antitruste, prevenindo-se as situações de concentração; não se cogitaria, pois, de qualquer recriminação de ações anteriores; conduta semelhante já foi adotada nas licitações para concessão do serviço de televisão a cabo – lei nº 8.977/95<sup>197</sup> – em cujos editais, para evitar a concentração, se retirava ponto dos licitantes que já atuassem no setor.<sup>198</sup>

Em todos os casos acima mencionados, tem-se a modulação dos editais de licitação como meio para se impedir o acesso ao mercado daquele que já se encontra em posição dominante, de modo a inviabilizar a consolidação de uma concentração e fomentar a competição. Trata-se de função horizontal da licitação na prevenção das concentrações em defesa da estrutura de mercado competitiva. Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, “a regulação formata não só a competição “pelo mercado” como deve viabilizar, também, a competição “no mercado”, se tal dor relevante para a obtenção da eficiência”.

Nesse sentido, há quem defenda, inclusive, que em nome da defesa da concorrência seria perfeitamente possível a submissão de editais de licitação à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Lucas Navarro Prado consigna que:

---

<sup>196</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 314-315.

<sup>197</sup>Essa lei encontra-se revogada pela lei nº 12.485/2011, a qual dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. A nova lei traz em seu artigo 3º, VI, § único a seguinte previsão a respeito do tema: “Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios: VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado”.

<sup>198</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. op. cit., p. 313.

Aliás, o controle concorrencial de editais de licitação em momento algum foi excluído da Lei 8.884/94. Conforme seu art. 15, o referido diploma legal aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal, o que está a implicar, portanto, os entes federativos União, Estados-Membros e Municípios.

Quando a prestação de serviços ou o oferecimento de bens tenham que ser realizados com exclusividade por um único agente econômico, por se tratar, por exemplo, de monopólio natural, ainda assim ao processo licitatório será aplicado o princípio da livre concorrência, de forma a minimizar eventuais restrições, oferecendo um modelo de edital que permita a participação do maior número de licitantes possível.

O princípio da livre concorrência deverá orientar as exigências do edital quanto ao prazo, às condições de participação dos agentes econômicos, aos requisitos para participação na licitação e objeto da licitação, evitando ao máximo o risco de limitação à concorrência no processo licitatório e na execução dos futuros contratos.

Não há, assim, isenção antitruste para os editais de licitação. Consoante o art. 54 da Lei 8.884/94, quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Entretanto, face ao art. 7º, inc. X, compete-lhe apenas requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Território as medidas necessárias ao cumprimento da legislação concorrencial<sup>199</sup>.

Concordamos com o autor a respeito da possibilidade de análise dos editais de licitação ao CADE, mas com grandes reservas. A submissão de um dado edital à apreciação (apenas de natureza consultiva) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica deve ser vista restritivamente, só tendo cabimento em casos em que a relevância e/ou o tamanho da contratação para a economia de um determinado setor for de tal sorte que tal o exercício de tal medida preventiva seja saudável, isto é, não implique a perda da razoabilidade e proporcionalidade que devem reger as decisões administrativas discricionárias. Em outras palavras, em certames de grande relevância nacional, é até mesmo salutar a colheita de impressões de especialistas em direito antitruste, a fim de que possam tecnicamente municiar a tomada de decisões do administrador acerca da instituição ou não desse mecanismo.

Como vimos, a instituição de cláusula de barreira é tema árduo, pelo perigo que existe na equivocada dosagem do remédio para cura do mal que se pretende extirpar. Sua

---

<sup>199</sup>PRADO, Lucas Navarro. *A possibilidade de análise dos editais de licitações pelo CADE*. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=9](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=9)>. Acesso em: 22 out. 2014.

instituição – e isso é pisado e repisado ao longo de todo o presente item – é lícita, mas de utilização restrita, muito ponderada, residual, apenas na medida do necessário.

### ***3.12. A inserção de critérios sustentáveis no objeto a ser contratado e/ou nas especificações técnicas***

A realização de compras sustentáveis supõe um desafio complexo e requer enfoque interdisciplinar para que as expectativas sejam atendidas do modo mais satisfatório possível. Demanda a alteração na forma de comprar e implica maior envolvimento dos atores envolvidos com a compra pública.

Já não basta<sup>200</sup> que um servidor sem qualquer experiência ou treinamento na área de compras seja designado para esse ou aquele certame: a própria elaboração de um edital com viés sustentável obriga a uma elaboração mais cuidadosa, mais técnica. Envolve a mudança de comportamento dos usuários, dos licitantes, dos contratados e da entidade pública; decorre de uma decisão política de implementar esse tipo de compra (e isso se faz, como acima defendido, não apenas prevendo a possibilidade de sua realização, mas estabelecendo metas específicas e claras para tanto); e enseja a gradativa adequação dos órgãos e servidores a essa nova realidade.

A premissa básica para a realização de uma compra pública sustentável é a de que se trata de uma compra diferente da que ordinariamente se tem realizado, de sorte que – ao menos até que se torne a regra e não a exceção – elas pressupõe *um preço diferente para um produto diferente*.

A importância do entendimento dessa premissa é crucial. Trata-se de um produto diferente, de modo que as críticas feitas geralmente tendo como base produtos ordinários são sempre equivocadas.

Daí a importância da inserção, quando possível, da finalidade extraordinária a ser buscada já no objeto da licitação. Dá-se um título ecológico (no caso) ao certame para dar a conhecer ao mundo exterior sua intenção de realizar uma compra sustentável. Exemplificando, o edital deve ser elaborado pela Administração Pública com vistas à aquisição de “papel reciclado” e não de “papel”. Ou seja: o que o ente público pretende é a

---

<sup>200</sup>Na verdade, isso nunca bastou e a profissionalização do setor de compras é, segundo nos parece, crucial. Todavia, a realização de compras públicas sustentáveis, pela própria natureza, expõe ainda mais essa necessidade, visto que envolve mudanças profundas quanto ao modo de comprar e aquilo que é comprado.

aquisição de um determinado bem (papel) cujo manejo em sua cadeia produtiva tenha levado em conta critérios ambientais do berço ao túmulo (reciclado).

Não se pretende uma disputa entre o papel comum e o papel reciclado no mesmo certame; não se pode sequer compará-los para aferição da questão da economicidade ou não: são preços diferentes para produtos diferentes; são realidades distintas e que não podem ser aproximadas sem que resultados turvos decorram dessa análise.

A realização de compras públicas sustentáveis enseja a alteração comportamental dos agentes envolvidos, mas sua origem, na verdade, é a mesma de uma compra comum. A Administração Pública é – como todo comprador, porém com os temperamentos previstos em lei – livre para escolher o bem que otimamente atinge o fim ou fins por ela almejados. Nunca é demais lembrar essa liberdade que a Administração Pública possui na definição do objeto do contrato de modo a que esse melhor corresponda às suas necessidades: a legislação existente sobre licitação e contratos administrativo não trata daquilo que ela compra, mas do modo como o faz. Assim sendo, apesar de limitada pelo pela razoabilidade, proporcionalidade e pela imposição contida na lei de que seus certames sejam realizados de tal modo a possibilitar que o maior número de licitantes possam deles participar, ela tem liberdade na fixação do objeto a ser licitado.

Ao redigir o edital e estabelecer o objeto contratual, a Administração Pública limita o universo de licitantes naturalmente, ela estabelece o que efetivamente quer. O mesmo se dá com a compra pública sustentável e o estabelecimento de certames voltados para a contratação de bens, obras ou serviços sustentáveis desde seu objeto.

Entretanto, não basta a inserção no objeto da licitação do critério visado – apesar da imensa carga didática e finalística que isso gera – para que uma compra com viés sustentável seja realizada. Depois de definido o objeto do contrato, será necessário traduzi-lo em especificações técnicas quantificáveis e suscetíveis de aplicação.

Elas servem para descrever o contrato para o mercado, mostrando aos eventuais licitantes o que a Administração Pública deseja, de que modo que as empresas existentes no mercado possam decidir se efetivamente lhes interessa ou não participar do certame.

Além disso, elas estipulam “critérios mínimos de conformidade”, de modo que propostas que não cumprem as especificações técnicas devem ser rejeitadas<sup>201</sup>.

Existem atualmente dois modos pelos quais as especificações técnicas podem ser definidas: por referências a normas técnicas já estabelecidas ou padronizadas (como classicamente é feito) ou em termos de desempenho ou de requisitos funcionais.

Aqui está um ponto a ser melhor explorado em certames nacionais: a inserção em editais de licitação de especificações técnicas funcionais ou baseadas no desempenho. Especificações desse tipo – já existentes nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, por exemplo – dão maior margem de criatividade ao mercado e fomentam a inovação tecnológica<sup>202</sup>.

Uma especificação técnica baseada no desempenho é uma especificação que descreve a função ou o resultado a ser atingido ao invés de especificar o produto ou o serviço para atingir o fim almejado. Em linhas gerais, especifica-se o resultado claramente estabelecendo o fim pretendido, mas não o modo como atingi-lo. Foca-se nas necessidades da Administração Pública – sem ser tecnicamente descritivo - e deixa-se ao mercado a liberdade de sugerir a melhor maneira dessas necessidades serem satisfeitas.

A título de exemplo<sup>203</sup>, uma especificação tradicional conteria: “fornecimento e instalação de XXX lâmpadas de XXX watts e XXX luminárias”. Uma especificação funcional estabeleceria que “As salas de aula necessitam de iluminação com a qualidade XX durante XX horas por dia. Os corredores devem ser iluminados com a qualidade YY durante YY horas por dia...”, prevendo ainda que “O consumo de eletricidade do sistema de iluminação instalados deve ser XX% menor do que o sistema atual”.

A redação de uma especificação técnica utilizando requisitos de desempenho ou funcionais claramente exige mais cuidado que a tradicional repetição ou referência a normas técnicas já conhecidas ou estabelecidas. Há que se garantir, no caso, liberdade suficiente para que a criatividade do mercado venha à tona, trazendo a inovação

---

<sup>201</sup>COMUNIDADE EUROPÉIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2013.

<sup>202</sup>Ela deve ser utilizada para certames em que a sustentabilidade ainda não encontra um padrão e o fim almejado pela Administração é não só o objeto imediato como o desenvolvimento de uma tecnologia produtiva inovadora. Constitui o contraponto da tendência gerencial de padronização dos editais e vem para que o novo possa surgir e a evolução sustentável possa ocorrer.

<sup>203</sup>SMART SPP: innovation through sustainable procurement. *Incentivar a inovação e a eficiência energética através das compras*: um guia prático para as autoridades públicas, cit.

tecnológica visada, ao mesmo tempo em que deve ser bastante precisa de sorte a garantir objetividade na contratação.

De todo modo, a especificação técnica precisa trazer parâmetros claros e aqui está uma importante barreira a ser superada. Existem bens, como o papel acima citado, em que a especificação técnica é de fácil realização, na medida em que já há suficientes estudos e existem institutos renomados que determinaram padrões para o que se pode entender por “papel reciclado”.

Nesses casos, em sendo possível a inserção do critério a ser exigido, ele deve fazer parte desde o início do objeto a ser licitado e a previsão desse fará parte da especificação técnica já padronizada e estabelecida para esse determinado bem.

A questão é quando se está diante de obras, produtos ou serviços em que essa padronização não existe, isto é, quando não há conhecimento técnico ainda consolidado sobre o ciclo de vida de um determinado produto ou serviço, ou existem alternativas variadas de prestá-los, todos com algum viés sustentável em algum iter do processo produtivo, da realização do serviço ou da obra<sup>204</sup>.

Não por outra razão, os manuais existentes sobre compras públicas sustentáveis insistem unanimemente em um processo a ser realizado por etapas para sua inserção em órgãos e entidades públicas.

Um primeiro passo, após a catalogação e outros procedimentos estruturais e de planejamento dos órgãos e entidades públicas, consiste em verificar quais produtos, serviços ou obras mais adequados. Essa “adequação” não se refere apenas a seu impacto ambiental ou social, mas também a outros fatores, tais como as informações que se dispõe, as tecnologias disponíveis e os custos envolvidos.

---

<sup>204</sup>Nesses casos, segundo nos parece, podem ser estabelecidos critérios de avaliação da proposta mais vantajosa para a Administração, nos termos em que propostos pelo item 3.14 a seguir ou, ainda, existindo no mercado diversas alternativas ecológicas plausíveis, a instituição no edital variantes ecológicas. Explica o Manual de contratos públicos ecológicos da Comunidade Europeia ao tratar dessas situações que: “Caso isso aconteça, poderá ser interessante solicitar aos potenciais candidatos que apresentem variantes ecológicas. Isso significa que terá de estabelecer um conjunto mínimo de especificações técnicas para o produto que pretende comprar, as quais serão aplicadas quer à oferta neutra quer à sua variante ecológica. Para esta última, será acrescentada uma dimensão ambiental. Quando receber as propostas, poderá compará-las umas com as outras (as neutras e as ecológicas) com base no mesmo conjunto de critérios de adjudicação. Poderá, portanto, utilizar variantes para apoiar o ambiente, permitindo uma comparação entre soluções padrão e opções respeitadoras do ambiente (com base nos mesmos requisitos técnicos padrão). Salvo indicação em contrário pela entidade adjudicante, as empresas são livres para apresentar ofertas baseadas na variante ou na solução padrão” (COMUNIDADE EUROPÉIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, cit.).

Vale a pena replicar algumas dicas do Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológico da União Europeia a respeito do tema<sup>205</sup>:

- Procure exemplos de características ambientais em bases de dados/rótulos ecológicos;
- Baseie-se nas “melhores práticas” de outras entidades adjudicantes; utilize a ligação em rede para obter e divulgar informação;
- Adote uma “abordagem do custo do ciclo de vida” cientificamente comprovada; não mude de impactos ambientais de uma fase do ciclo de vida para outra;
- Utilize especificações baseadas no desempenho ou funcionais, para incentivar a apresentação de propostas ecológicas inovadoras;
- Considere os desempenhos ambientais, tais como o uso de matérias-primas, métodos de proteção ambiental (sempre que tal seja pertinente para o produto ou serviço finais); eficiência energética; fontes de energia renováveis, emissões, resíduos, “reciclabilidade”, substâncias químicas perigosas, etc.
- Caso tenha dúvidas quanto a existência efetiva, preço ou qualidade de produtos ou serviços ecológicos, peça variantes ecológicas, mas desde que seu edital expressamente preveja que elas serão aceitas; estabeleça as especificações ambientais mínimas que deve observar, bem como os requisitos para a apresentação de variantes nas propostas

A ideia é adotar uma abordagem progressiva, com um pequeno grupo de produtos e serviços em que o impacto ambiental seja manifesto (ou seja, escolha-se o produto ou serviço com maior impacto no ambiente, tal como uma frota de automóveis ou serviços de limpeza) ou em que as alternativas mais ecológicas existentes sejam de fácil acesso e de custo viável (tais como equipamento de escritório energeticamente eficiente).

É preciso saber se existem no mercado produtos que satisfaçam os requisitos ecológicos almejados<sup>206</sup> e se o custo é viável. Ademais, apenas quando existentes dados

---

<sup>205</sup>COMUNIDADE EUROPÉIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, cit.

<sup>206</sup>“No momento em que se procede à determinação do produto que se vai comprar, é essencial ter algum conhecimento do mercado. É muito difícil desenvolver um conceito para um produto, serviço ou obra sem saber o que existe no mercado. As alternativas ecológicas nem sempre são óbvias ou bem publicitadas. Por isso, há que se fazer alguma pesquisa. Esta pesquisa poderá assumir a forma de uma análise do

científicos e ambientais passíveis de serem claramente instituídos a realização de um certame para compra sustentável será possível.

A partir daí, após essa análise discricionária balizada pela razoabilidade e proporcionalidade na definição do objeto a ser licitado, são utilizadas especificações técnicas claras e precisas.

### ***3.13. Previsão de critérios sustentáveis nas cláusulas de execução do contrato***

As cláusulas de execução de um contrato servem primordialmente para especificar o modo como um contrato deve ser operacionalizado e cumprido. Nada impede, contudo, que elas sejam utilizadas para integrar considerações sociais e ambientais na fase de execução do contrato, desde que isso já esteja claro no edital (do qual, em geral, faz parte a minuta do contrato administrativo a ser realizado).

Deveras, desde que as cláusulas contratuais tenham relação com a execução do contrato<sup>207</sup> e não interfiram na seleção da proposta, é lícito que a Administração Pública estabeleça certas exigências quanto à execução daquilo que está a contratar.

Por exemplo, nada impede que ela estabeleça que os produtos por ela adquiridos sejam entregues fora dos horários de pico de trânsito para minimizar o congestionamento ou mesmo que a entrega seja de bens seja realizada por atacado, como uma forma de minimizar os impactos ecológicos negativos no transporte. Pode ainda exigir que os produtos usados sejam recolhidos para que possam ser reciclados ou sejam eliminados adequadamente<sup>208</sup>.

---

mercado. Uma análise do mercado consiste num levantamento geral do que existe no mercado susceptível de satisfazer a necessidade por si definida. Para obter bons resultados, esta análise tem de ser realizada de maneira aberta e objetiva e deve concentrar-se nas soluções gerais que o mercado oferece não em adjudicatários preferidos ou favorecidos, Este estudo mostrará então as soluções alternativas respeitadoras do ambiente, se as houver, e o nível geral de preços das opções disponíveis” (COMUNIDADE EUROPEIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, cit.).

<sup>207</sup>As cláusulas de execução do contrato devem estar ligadas a seu desempenho, ou seja, devem relacionar-se com as tarefas necessárias à produção do bem, à obra ou à prestação do serviço que foi objeto de certame. Daí porque não se pode, de modo algum, exigir do contratado condutas exteriores ao contrato em si. Como exemplo de exigências vedadas, o Guia de Compra Social da Comunidade Europeia cita: “exigir ao contratante que contrate uma proporção determinada de trabalhadores com deficiência noutra contrato ou limite o que o contratante pode fazer noutra contrato; exigir que o contratante contribua financeiramente para, por exemplo, construir um centro para pessoas desfavorecidas; exigir que o contratante de um contrato de obras forneça serviços de creche para os filhos do pessoal. Esses serviços não estão relacionados com as tarefas necessárias para a execução das obras. Se a entidade adjudicante pretender contratar esses serviços, deve colocá-los igualmente a concurso” (COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.).

<sup>208</sup>COMUNIDADE EUROPEIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, cit.

Note-se que a inserção de considerações sociais e ambientais nas cláusulas de execução do contrato vai além das exigências ordinárias de cumprimento da legislação existente, isto é, é mais profunda que o simples reforço de normas de comando e controle: os contratos administrativos devem ser executados segundo o que determina a legislação, mas é possível que a Administração Pública insira objetivos sociais e ambientais complementares na fase de execução contratual.

A partir do momento em que os licitantes apresentam suas propostas, deixam clara a disposição de aceitarem as condições de contratação contidas no edital (na minuta do contrato que o integra). Essas condições – que podem incluir exigências sociais ou ambientais – não podem servir para a determinação do vencedor do certame nem estarem dissimuladas nas especificações técnicas ou nos critérios de julgamentos das propostas, pois não possuem em geral relação direta com o objeto contratual, sendo apenas determinações de cunho social ou ambiental referentes à execução contratual em si.

Esse é um mecanismo de grande relevância principalmente quando se está a tratar de compras sociais que se referem como regra a questões que afetam a cadeia de produção, mas que normalmente não repercutem nas características ou no funcionamento do produto final, isto é, não guardam relação de pertinência lógica entre os requisitos exigidos e o objeto a ser contratado. É o caso, por exemplo, de aspectos sociais relacionados ao emprego e as condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos na execução do contrato.

A obrigação de contratar preferencialmente mão de obra local; a obrigação de recrutar pessoas à procura de emprego, de aplicar na execução do contrato medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres ou a diversidade étnica ou racial, ou proporcionar a igualdade de acesso a pessoas com deficiência; etc: todos esses são exemplos de exigências que podem ser inseridas como cláusulas de execução contratual<sup>209</sup>, que podem servir, como vimos, de mecanismo para o exercício da função horizontal da compra pública.

---

<sup>209</sup>COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*, cit.

### ***3.14. Critérios de julgamento das propostas que levem em conta não apenas aspectos financeiros, mas também sociais, ambientais e econômicos***

Como processo administrativo que é, a licitação é composta de fases: uma interna e outras externa. É precisamente na fase externa de classificação das propostas que temos a aferição da proposta mais vantajosa. Nessa fase, a entidade contratante avalia a qualidade das propostas e comprara preços. É aqui que a Administração Pública procede à aferição e valoração de cada proposta segundo critérios previamente estabelecidos nos termos do artigo 45 da lei nº 8.666/1993. Esses critérios, depois de estabelecidos, implicam absoluta falta de discricionariedade estatal depois de fixados, vinculando a entidade estatal em sua totalidade.

Isso não significa, contudo, que esses critérios estejam rigidamente fixados na lei. Apenas após a sua definição é que a discricionariedade administrativa cede espaço para uma vinculação aos termos por ela criados.

Vitor Rhein Schirato lembra que

“Todavia, nenhum dispositivo da legislação que rege a matéria estabelece quais são os critérios que comporão (ou poderão compor) aquela que será a proposta mais vantajosa, cabendo aos instrumentos convocatórios a tarefa de definir este conceito. Esta forma, é de se observar a existência de discricionariedade da Administração Pública para, na hora de elaborar e publicar o instrumento convocatório, estabelecer quais as condições que levarão ao conhecimento da proposta vencedora, ou seja, da proposta mais vantajosa. Dizendo de outra forma, considerando-se inexistir regramento legal quanto aos critérios a serem adotados pela Administração Pública para compro a proposta mais vantajosa e a partir dos tipos de licitação previstos no artigo 45 da lei nº 8.666/93, a Administração dispõe de margem de discricionariedade para estabelecer quase os critérios que comporão os parâmetros de avaliação, julgamento e classificação das propostas (habilitadas ou não)<sup>210</sup>.”

A Administração Pública pode, portanto, na determinação dos critérios que permitirão aferir a proposta mais vantajosa, levar em consideração fatores que privilegiam critérios além da mera economicidade para satisfazer aos interesses da sociedade, ou seja, critérios não exclusivamente financeiros de interesse coletivo. Ocorre que não há como se estabelecer, *numerus clausus*, as hipóteses ou critérios que podem vir a compor a proposta mais vantajosa à Administração Pública: se o objetivo da licitação é escolher a proposta que mais atinja o interesse da coletividade (e esse interesse não pode restringir-se à

---

<sup>210</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas, cit., p. 101.

economicidade), temos que só se pode determinar certos limites para a fixação desses critérios caso a caso.

Em artigo em que analisa justamente essa questão, Vitor Rhein Schirato pondera que:

Dizendo com outras palavras, não é eficiente, nem muito menos razoável, realizar uma contratação privilegiando um interesse público fixado automaticamente pela lei ou pela Administração se outros interesses públicos igualmente legítimos estarão desatendidos. A Administração Pública, por si só e por sua vontade, não realiza qualquer contratação, mas apenas o faz na exata medida do necessário para atender aos interesses da coletividade. Desta forma, o processo que leva a Administração a contratar deve, obrigatoriamente, atender da melhor forma possível a todo os interesses legítimos da coletividade que demanda tais contratações. Para tanto, poderá haver a previsão, nos instrumento convocatórios, de *critérios de julgamento não exclusivamente financeiros de interesse coletivo* para composição da proposta mais vantajosa<sup>211</sup>.

Toda providência da Administração no sentido de identificar a proposta realmente mais vantajosa à luz dos interesses coletivos subjacentes é aceitável e passível de ser considerada exercício regular da discricionariedade concedida pelo legislador, mas é preciso formular limitadores<sup>212</sup> no estabelecimentos desses critérios, a fim de que a liberdade dada ao administrador pela lei não seja desvirtuada e transformada em arbítrio.

O primeiro limitador decorre dos princípios da competitividade, da igualdade e da proporcionalidade, na medida em que não se pode eleger como critério de *avaliação* elemento que não guarde relação com o objeto licitado. Ademais, fora a pertinência lógica entre os critérios adotados para o julgamento das propostas e o objeto da licitação, deve ainda haver proporcionalidade entre o valor atribuído a cada critério estabelecido e o objeto da contratação.

O segundo limite está relacionado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, no sentido de que os critérios não exclusivamente financeiros adotados pela Administração em uma dada licitação deverão constar expressamente do respectivo instrumento, não sendo possível, em absoluto, aceitar qualquer vantagem que não conste expressamente nele.

---

<sup>211</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas, cit., p. 104.

<sup>212</sup>Id. Ibid.

O terceiro limite refere-se ao princípio do julgamento objetivo da licitação, determina que a adoção de critérios não exclusivamente financeiros de interesse coletivo para a definição da proposta mais vantajosa não pode conferir à Administração liberdade no momento do julgamento das propostas. Em outras palavras, a inserção de critérios somente pode ocorrer por meio de métodos e fórmulas estritamente objetivos para o julgamento das licitações, de modo que a avaliação das propostas com base em critérios econômicos e qualitativos possa - em seu todo - ensejar objetivamente a apuração daquela que ofereça a melhor relação qualidade/preço.

Nesse ponto, é preciso ressaltar - ademais - a possibilidade de que entre os requisitos constante das especificações técnicas e os critérios de julgamento do certame haja uma articulação. Embora as especificações técnicas estabeleçam o nível de desempenho a ser satisfeito, nada impede que no julgamento técnico sejam atribuídos pontos suplementares a qualquer produto, serviço ou obra que supere o nível mínimo fixado.

## **CAPÍTULO 4. AS BALIZAS DA FUNÇÃO HORIZONTAL DA COMPRA PÚBLICA**

O que se pretende no presente Capítulo é – uma vez constatada que a função horizontal da compra pública existe e deve ser exercida - traçar contornos unívocos mais precisos sobre como ela deva ser interpretada e realizada de modo a não ferir o ordenamento jurídico. Para tanto, estabelecemos a seguir algumas balizas interpretativas para sua correta aplicação, algumas premissas que não podem ser ignoradas pelo administrador, sob pena de desvirtuamento dessa relevante função.

### ***4.1. A função horizontal da compra pública possui o mesmo grau de relevância da função ordinária a ela atribuída***

Quando se pensa em contratação pública logo vem à baila sua finalidade básica de satisfação de necessidades de bens, serviços ou obras da Administração Pública e de seus administrados. São as resmas de papel, as canetas, impressoras, mobiliário e computadores para as repartições públicas; são os serviços de limpeza, copeiragem, segurança e zeladoria; é a contratação de viadutos, escolas, etc. Enfim, pensa-se em toda a infinita miríade de necessidades estatais a serem satisfeitas e na contratação pública como um instrumento para que isso seja alcançado.

Por isso, quando se fala em função horizontal da licitação e da contratação administrativa, quando se diz que a compra pública pode e deve ser utilizada como veículo para o atingimento de outros fins, pode parecer que o cumprimento dessa outra finalidade é facultativo ou excepcional, de somenos importância, de utilização apenas residual, a ser exercida somente em poucos casos ou situações.

Essa impressão é reforçada por alguns fatores. O primeiro e mais claro deles deve-se ao fato de que essa outra faceta da compra pública não está necessariamente conectada com o objeto a ser licitado, com essa primeira finalidade mais funcional<sup>213</sup>. O exercício da função horizontal da licitação e da contratação, por exemplo, pode referir-se à inibição do uso de trabalho infantil, à promoção de emprego a certas minorias étnicas, à inclusão de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho e etc., sem que haja de pronto

---

<sup>213</sup>Tal fato será objeto de análise a seguir, ainda no presente capítulo.

uma conexão entre essa finalidade de índole macro e a necessidade material que dá ensejo à compra pública. A finalidade de promoção de objetivos sociais, ambientais e econômicos não é, afinal, inerente ao objeto funcional de uma determinada compra.

Ademais, os mecanismos que permitem o exercício dessa função estão sendo ainda descobertos, estão ingressando aos poucos no ordenamento jurídico e têm âmbitos variados, atingido aspectos ambientais, econômicos e sociais de maneira diversa e muitas vezes não declarada. Boa parte desses mecanismos implicam aumento nos gastos governamentais e isso logicamente cria entraves à sua generalização e implica mesmo questionamentos sobre sua efetiva legalidade ou serventia.

Todavia, diante de tudo o que apreciamos até aqui; tendo em vista o que está prescrito na Constituição Federal e perante o objetivo de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não resta dúvida de que a função horizontal da compra pública possui o mesmo grau de importância do objetivo primário e mais básico dessa e deve haver um equilíbrio para que ambas sejam igualmente satisfeitas.

A primeira baliza a ser estabelecida a respeito do tema é no sentido de que a compra pública possui dupla finalidade: a satisfação de necessidades públicas (bens, obras ou serviços) e a implementação de políticas de cunho ambiental, social ou econômico. Ambas estão em patamar de igual relevância e devem ser consideradas na hora de planejar um certame ou uma contratação direta.

Aqui, mais do nunca, torna-se necessário diferenciar a função horizontal dos mecanismos que vão sendo paulatinamente criados para seu exercício. Pode-se e deve-se questionar e avaliar os mecanismos instituídos, para que se verifique se as necessidades públicas estão sendo realmente satisfeitas, se um dado veículo eleito pela lei para sua implementação é eficaz e se os benefícios criados em nome do exercício dessa função são os melhores e mais idôneos. Deve ser constatado se essa ou aquela política implementada via contratação e que implicou maior dispêndio do erário público produziu ou não efeitos positivos na sociedade.

Mas, independentemente de eventual constatação da inadequação de um ou outro mecanismo eleito para sua concreção, o exercício da função horizontal da compra pública remanesce lícito, cogente e guarda relação de isonomia para com a finalidade primária do certame e da compra estatal.

Em outras palavras, o poder de compra estatal deve, sempre e obrigatoriamente, ser utilizado para o máximo alcance do bem comum.

Na doutrina estrangeira, a implementação de políticas por meio da compra estatal é chamada de “*secondary policies*” ou de “*collateral policies*”, o que pode ter realçado a ideia de que o objetivo primário da compra seja mais relevante, de que o exercício da função horizontal seja excepcional e raro ou de que há liberdade para não utilizá-lo, como se fosse tão somente um adendo do principal. Esse entendimento, contudo, é equivocado.

O processo administrativo para a realização da compra é hoje delineado pela lei de modo a garantir que: a necessidade pública seja satisfeita com vantajosidade (de modo que com um dado preço pago seja obtido o melhor bem, serviço ou obra possível, o que implica afirmar que a concepção de vantajosidade hoje se aproxima do conceito de *value for money*); que a isonomia entre os licitantes seja assegurada e, ainda, de outra banda, que o desenvolvimento sustentável seja promovido por meio da compra levada à cabo, que deverá ser ecologicamente correta, socialmente justa e economicamente viável.

Assim sendo, ambas as finalidades possuem mesmo *status* e devem igualmente integrar a forma como a compra pública será feita, de sorte a promover o redesenho do mercado da compra pública (atingindo obliquamente, desse modo, o comportamento do mercado privado)<sup>214</sup>.

#### **4.2. Seu exercício pode ser positivo ou negativo**

Os mecanismos existentes para o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa, em geral, impõe determinadas benesses ou estipula condutas aos setores ou atores tidos por relevantes.

Estabelece-se em lei que certos certames terão como participantes apenas microempresas e empresas de pequeno porte; que haverá reserva de cotas para essas empresas; há a previsão do empate ficto; que farão jus a margens de preferência determinados produtos manufaturados nacionais; que licitantes de produtos com inovação

---

<sup>214</sup>Como bem ponderado por Sue Arrowsmith e Peter Kunzlik, “Indeed, horizontal considerations, either in the context of a particular procurement or collectively, can be as important as, or even more important than, functional objectives (and this applies whether or not the horizontal policy is a reason for undertaking that procurement in the first place). This is especially so as horizontal considerations often relate to such vitally important matters such as countering the incipient environmental disaster of climate change, preserving economic and political security in the context of energy security, or promoting human health, equality and dignity. (ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*. Cambridge University Press, 2009. p. 14).

tecnológica poderão inclusive fazer jus a margem de preferência adicional; há a imposição de que certas declarações reiterando condutas lícitas previstas na licitação devem ser entregues pelos licitantes; são inseridos nos editais especificações técnicas e exigências no bojo do contrato de cunho social e ambiental e etc. Em todas elas, há uma previsão positiva na lei, de modo que a participação dos licitantes no certame é moldada por esses mecanismos criados para que as finalidades extraordinárias também sejam alcançadas.

Isso não significa, todavia, que os mecanismos por meio dos quais o poder de compra estatal é utilizado para que a compra pública cumpra também finalidades sociais, ambientais e econômicas seja unicamente de ordem positiva, isto é, que seja colocado em prática apenas mediante a indução de determinadas condutas por parte dos licitantes.

Ela pode também ser de natureza negativa, de modo a impedir a participação em determinada fatia de uma licitação de um potencial licitante que certamente teria interesse em atuar ou, ainda, ensejar a não realização da licitação, com a contratação direta daquele que preencha a hipótese prevista em lei como ensejadora da hipótese de dispensa de licitação.

No primeiro caso, com vistas a evitar o domínio de mercados e proteger a livre concorrência, é possível alijar da participação do certame determinado agente econômico. A possibilidade de instituição de cláusula de barreira em licitações como instrumento para fomento à competição e vedação à consolidação de uma concentração é, portanto, uma forma de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e seus administrados.

Do mesmo modo, como visto acima no Capítulo 3, são muitas as hipóteses previstas na legislação nacional em que, ainda que se faça possível a realização de um certame, as finalidades extraordinárias são por vezes mais relevantes que as ordinariamente almejadas pela contratação, de sorte que lei autoriza a contratação direta em exercício de função horizontal.

Desse modo, pode-se concluir que a gama de mecanismos existentes para o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa é ampla, de ordem positiva ou negativa, muitas vezes propiciando a benesse legal àqueles que dela fazem jus mediante o alijamento de outros concorrentes (como na cláusula de barreira acima mencionada, nas licitações exclusivas, na reserva de cotas, etc), o que demanda

redobrado cuidado para que os ditames para seu exercício sejam realizados apenas na medida do necessário.

#### ***4.3. Os fins sociais, ambientais e econômicos devem como regra ter relação com o objeto contratado, mas nem sempre isso é possível***

Efetuar compras públicas que contenham critérios sociais e ambientais não é tarefa fácil. Diferentemente dos casos anteriores, em que os mecanismos<sup>215</sup> previstos em lei estabelecem determinada preferência ou benefício a atores e setores, mas sem alteração no objeto do contrato, nas especificações técnicas ou na própria execução contratual, as compras com responsabilidade ambiental e social são viabilizadas justamente por incursões que modulam o objeto contratual e como ele será executado, apresentando maior dificuldade de implementação.

A fim de garantir a isonomia e a transparência dos certames, a inserção de critérios ambientais e sociais nas fases de um certame deve obrigatoriamente guardar relação com objeto do contrato, de modo que haja pertinência lógica entre os requisitos exigidos e o objeto contratado. É desse modo que se evita o arbítrio na hora de contratar, possibilitando a valoração imparcial dos critérios ambientais e sociais inseridos.

Como vimos no Capítulo 1, ao tratarmos do caso do *Concordia Bus*, o TJUE decidiu na ocasião pela licitude da inclusão de critérios ambientais nos certames, mas desde que esses tenham relação com o objeto contratual.

Todavia, se o cumprimento dessa exigência é relativamente fácil quando se está a tratar de compras verdes, o mesmo não pode ser dito quanto às compras sociais (aí inclusas as compras éticas, que podemos considerar como compras sociais que visam a garantir patamares civilizatórios ainda mais contundentes, que vão além do quanto já assegurados em normas de comando e controle), na medida em que boa parte dos critérios sociais referem-se a questões que afetam a cadeia de produção, mas que normalmente não repercutem nas características ou no funcionamento do produto final.

No *Guía Carpe de compra responsable* temos o alerta para dificuldade de cumprimento dessa exigência de relação com o objeto a ser contratado no caso das compras sociais:

---

<sup>215</sup>Eles são objeto do Capítulo 4 desta tese.

No caso da compra verde, esta relevância pode ser demonstrada com relativa facilidade. Os requisitos ambientais como métodos de produção ou prestação de serviços repercutem no produto final e na qualidade do serviço que constitui o objeto do contrato. Ademais, a análise do custo do ciclo de vida do produto demonstra as vantagens econômicas de comprar verde. As considerações relativas a compra verde podem integrar-se em qualquer fase do procedimento; sendo que as especificações técnicas do contrato proporcionam uma boa oportunidade para mencionar as questões ambientais.

No caso das considerações sociais ou éticas, em geral é mais difícil demonstrar a conexão. Os critérios sociais ou éticos se referem a questões que afetam a cadeia de produção, mas normalmente não repercutem nas características ou no funcionamento do produto final. Também resulta difícil quantificar as vantagens econômicas de longo prazo e as não econômicas de investir em assuntos sociais. As estratégias de compra social ou ética, portanto, se concentram durante a fase de adjudicação na execução dos contratos, no cumprimento da legislação correspondente e, em menor medida, na qualidade<sup>216</sup>.

De fato, a inserção de critérios sociais dificilmente guardará pertinência lógica com o objeto contratual, embora isso possa ocorrer, como no caso de inclusão de critérios na especificação técnica que garantam a acessibilidade<sup>217</sup>, por exemplo.

Deveras, é incontestável que a maioria das finalidades sociais a serem atingidas não guardam relação direta com o objeto contratado. O fomento a oportunidades de emprego, de trabalho digno e em conformidade com os direitos sociais, a promoção do emprego dos jovens, do equilíbrio entre homens e mulheres no mercado de trabalho, o incentivo a oportunidades de emprego a desempregados há muito nessa situação, a igualdade de acesso a empresas detidas por pessoas oriundas de grupos étnicos ou minoritários, o combate à discriminação<sup>218</sup> e etc: nada disso tem relação com o objeto contratual em si e nem por isso a inserção dessas exigências no bojo do certame é ilícita, a depender de em que momento ela é feita.

Nos casos em que – pela própria natureza da finalidade extraordinária a ser buscada e sua desconexão com objeto contratual – não haja a pertinência lógica para a inserção de critérios sociais no objeto a ser contratado ou em sua especificação técnica, tal exigência deve ser realizada como cláusula de execução contratual. Em outras palavras, tratando-se

<sup>216</sup>EUROCITIES. *Guía Carpe de compra responsable*: ciudades europeas por el consumo responsable, cit.

<sup>217</sup>Nesse caso, é perfeitamente possível a inclusão de disposições obrigatórias nas especificações técnicas que garantam o acesso de pessoas com deficiência a edifícios públicos, a transporte público e até mesmo a inclusão de critérios que garantam a acessibilidade às páginas de entes públicos na *Web*. No caso, o critério social de garantia da acessibilidade tem relação direta com o objeto a ser contratado, moldando o perfil do próprio bem ou serviço a ser licitado.

<sup>218</sup>Essas são algumas das finalidades sociais que podem ser buscadas por meio do exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa.

de critério que foi inserido nas especificações técnicas ou como critério de julgamento das propostas deve haver uma ligação entre as exigências lá estabelecidas e o objeto do contrato. Todavia, e isso tem especial importância quando se está a tratar de aspectos sociais – é possível a previsão de cláusulas de execução de contrato sem que essa relação de pertinência lógica seja obrigatória.

Isso não significa – frise-se desde já – a existência de uma “carta branca” para que o administrador público insira critérios desarrazoados, impossíveis ou desproporcionais. A competitividade do certame precisa existir e ser mantida e, ademais, como será analisado a seguir, o preço remanesce como importantíssimo item na aferição da legalidade dessa instituição.

#### ***4.4. Tratamento favorecido não implica favoritismo puro e simples ao setor ou ator beneficiado***

Não é porque determinados setores ou atores fazem jus a um tratamento favorecido na contratação administrativa que serão necessariamente contratados. O tratamento preferencial aos beneficiários das políticas públicas deve existir desde que esses cumpram os demais princípios aplicáveis às compras públicas: a lealdade, igualdade, transparência, competitividade e custo-benefício.

Mas não só. Esses atores ou setores beneficiados devem mostrar a capacidade para a boa execução do objeto contratual, não sendo admissível que passem simplesmente a se beneficiar das prerrogativas que lhes são dadas sem que a elas correspondam, sem o integral e eficiente cumprimento do contrato e sem que, *pro futuro*, esforcem-se no desenvolvimento de bens, obras e serviços cada vez melhores, alavancando o desenvolvimento sustentável do país.

Desenvolvimento nacional sustentável não se confunde com desenvolvimento econômico sustentado pelo Estado: a promoção do desenvolvimento sustentável não pode dar ensejo a uma acomodação de seus beneficiários, que passam unicamente a usufruir individualmente de uma vantagem monetária sem preocupar-se com a inovação tecnológica, a formação de uma economia de escala, a melhora de seus bens, produtos e serviços. Eia aqui uma premissa essencial: a função horizontal da licitação e da contratação administrativa não pode – de modo algum – ser confundida com assistencialismo governamental.

Na verdade, o perigo da acomodação é um dos riscos mais graves que o exercício da função horizontal da compra pública pode ensejar. Tanto é assim, que muitos são contrários ao uso do poder de compra estatal com vistas à orientação da demanda, justamente pela possibilidade de que isso enseje um protecionismo e não a evolução e o desenvolvimento do mercado.

Nesse passo, poderam Flavia de Holanda Schimidt e Lucas Rocha Soares de Assis que:

A utilização da ação governamental com vistas à orientação da demanda não é, entretanto, consensual. Há argumentos que sugerem que a excessiva intervenção do governo distorce a economia de mercado e cria políticas industriais protecionistas. Geroski (1988) revisou inovações de sucesso decorrentes de compras públicas, como o computador, aeronaves civis e semicondutores, e concluiu que as compras podem servir como estímulos em determinadas condições, tais como: reforço de padrões, definição de um conjunto claro de necessidades em direção aos quais esforços inovativos possam ser dirigidos; garantia de mercado para novos produtos e serviços em estágios iniciais do ciclo de vida do produto; e incentivo à competição, alertando, entretanto, para o potencial de mau uso, particularmente por erros na definição de alvos, protecionismo e apoio a “campeãs nacionais”<sup>219</sup>.

Do mesmo modo, o alerta foi dado de maneira clara no Acórdão nº 1317/2013 TCU-Plenário:

Deve-se ter em mente os riscos envolvidos na adoção de uma política dessa magnitude que, ao buscar uma proteção aos produtos nacionais para possibilitar o desenvolvimento nacional sustentado, pode, em consequência, ocasionar a elevação dos custos das aquisições, queda na qualidade dos produtos, entre outras, efeitos indesejados que terão de ser arcados pela sociedade como um todo.

Mencionada experiência já foi observada com a Lei 7.232/1984, que criou a reserva de mercado do setor de informática, demonstrando que o protecionismo exacerbado pode levar à ineficiência do setor protegido.

A doutrina trazida no estudo elaborado pelo Grupo de Trabalho considera que o modo pelo qual a Lei deve promover a preferência por produtos nacionais nas aquisições é mediante fórmulas compensatórias, que devem estar em harmonia com o princípio da equanimidade. Considera importante que, para o desenvolvimento nacional, pensado como política pública viabilizada por meio de preferência de aquisição de bens e serviços nacionais, o poder público deve ponderar entre as condições de competitividade da indústria nacional e os resultados nos preços dos produtos.

---

<sup>219</sup>SCHIMIDT, Flávia de Holanda, ASSIS, Lucas Rocha Soares de. O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo, cit.

Assim, nessa avaliação, o País deve adotar fórmulas que tragam condições de competitividade à indústria doméstica em nível suficiente para se desenvolver, sem a adoção destas, não deve vetar a possibilidade de compra de produtos estrangeiros, sob pena de revisitar o cenário decorrente da Lei 7.232/1984.

Por aí se vê, portanto, a importância da aferição sazonal dos resultados oriundos do exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa. Embora existam áreas em que essa aferição seja difícil ou mesmo impossível, é primordial que essa avaliação seja realizada, até para que se verifique se não é o caso de extinção da benesse outorgada a um dado setor.

A premissa das benesses legais é possibilitar o fortalecimento de determinados setores e atores a fim de que certas finalidades sociais, econômicas e ambientais sejam alcançadas. Uma vez que isso tenha ocorrido (e isso é particularmente relevante na questão da instituição de margens de preferência a produtos manufaturados nacionais, cuja natureza necessariamente é temporária, sob pena de desvirtuamento do instituto), não há pertinência lógica para sua manutenção, visto que a ideia não é sustentar a iniciativa privada, mas fomentar o desenvolvimento nacional sustentável.

#### ***4.5. Ainda que não seja o único nem o principal, o preço continua a ser um critério muito relevante na contratação pública***

A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública é um dos objetivos a serem alcançados pela licitação. Juntamente com a garantia da isonomia (que não deixa de gerar, pela possibilidade de ampla participação no certame a multiplicidade de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos) e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, forma o tripé a dirigir a atuação estatal, exterminando seu arbítrio.

Segundo Marçal Justen Filho,

a vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte de Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação

custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração<sup>220</sup>.

Ela apresenta dois aspectos primordiais: o qualitativo (em sentido amplo) e o econômico; e ambos devem ter igual peso e importância para a decisão administrativa.

Sob o aspecto qualitativo, a vantajosidade consiste na obtenção do melhor, daquilo que mais completamente satisfaz uma dada necessidade dentro de determinada realidade de valor. Ou seja, consiste em conseguir o melhor que um dado montante (aquele que a Administração Pública se dispor a despende) pode efetivamente conseguir.

A necessidade pública não é apenas a obra, bem ou serviço pretendido pela Administração; ela inclui também a satisfação de necessidades macroeconômicas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O essencial para que esse aspecto qualitativo da vantajosidade seja amplamente utilizado é garantir que as regras do jogo estejam claras aos licitantes, de modo que o edital e o contrato que o integra possuam critérios discriminatórios estritos e aferíveis objetivamente.

A vantajosidade sob o prisma econômico, por sua vez, parte da premissa de que o Estado também vive – assim como todos – o problema central da economia: a escassez, isto é, a perene situação vivenciada pela sociedade de que suas necessidades são infinitas e seus recursos, escassos.

Diante da impossibilidade de satisfação de toda a infinita miríade de necessidades, cabe então ao Estado: a- eleger criteriosamente em quem despende seus limitados recursos, comprando o melhor possível com um dado montante separado para esse fim; b- fomentar o desenvolvimento de técnicas de produção de bens alternativos (recursos produtivos mais eficientes) que satisfaçam as necessidades com o menor desgaste possível de bens naturais finitos.

Se assim é, e se as infinitas necessidades humanas também têm graus de relevância que devem ser levados em consideração ao despende recursos, o uso do poder da compra pública para o alcance de finalidades extraordinárias não pode fugir a essa lógica. Isso implica dizer que o preço é e sempre será um componente essencial da vantajosidade,

---

<sup>220</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 71.

porque o paradoxo econômico sempre existirá, de modo que os recursos públicos devem ser – ainda com mais zelo e denodo que o particular – gastos de modo cauteloso.

Não há como fugir ao fato de que o fomento a determinados setores e atores a serem beneficiados ensejará a majoração nos gastos públicos e que, por consequência, estará a Administração Pública a eleger o atendimento de uma dada necessidade para a qual será dada prioridade<sup>221</sup>. Mas, ao assim fazê-lo, aplicará mais recursos públicos em determinada obra, bem ou serviço e, inexoravelmente, perderá recursos que poderiam ser investidos em outras finalidades.

Uma vez que essa necessidade de decidir em quê investir é básica a todos os membros da sociedade (a eleição de prioridades é inerente ao problema da escassez), o quanto e o como investir é que fazem a diferença e isso é especialmente relevante para o correto exercício da função horizontal da compra pública.

Um exemplo real vivenciado na África do Sul demonstra de forma bem clara a importância do critério preço. Como vimos no Capítulo 1, esse país instituiu constitucionalmente a obrigatoriedade do uso do poder de compra estatal para a consecução de finalidades extraordinárias, concedendo tratamento favorecido a, por exemplo, pessoas em situação de desvantagem como decorrência da discriminação historicamente (os *historically disadvantaged individuals - HDI*) lá vivenciada por anos.

Em linhas gerais, no caso *Cash Paymaster Services (Pty) Ltd v Eastern Cape Province and Others 1999(1) SA 324*, o órgão responsável pelo certame adjudicou o contrato a um licitante que elaborara proposta aproximadamente 200.000.000 de Rands maior do que o dos demais concorrentes, tendo como fundamento a observância ao Programa de Reconstrução e Desenvolvimento (*Reconstruction and Development Programme – RDP*), especificamente no que tange à preferência a pequenas empresas cujos donos sejam HDI's lá prevista.

O programa em questão traz alguns dos mecanismos práticos por meio dos quais a determinação constitucional de exercício da função horizontal da compra pública será efetivada naquele país. Dentre as medidas lá arroladas estão: o incremento do acesso à

---

<sup>221</sup>Como dito alhures, são preços diferentes para bens, obras e serviços diferentes. Qualquer contratação de bem, produto ou serviço tem um preço, mas ele é apenas um dos custos envolvidos no conjunto do processo de aquisição, utilização e eliminação. “Para estimar o custo global de um contrato, é necessário ter em conta a totalidade das diferentes fases do ciclo. A isso se dá o nome de abordagem “custo do ciclo de vida”. Corresponde a integrar na decisão de aquisição todos os custos em que se incorrerá durante a vida do produto ou serviço” (COMUNIDADE EUROPÉIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*, cit.).

informação pelos licitantes; a ampliação da participação em contratos de menor valor; o fracionamento de grandes projetos em projetos menores; a promoção de ciclos de pagamentos adiantados pelo governo; o desenvolvimento de sistema de preferência com pontuações específicas para pequenas empresas cujos donos seja indivíduos em situação de desvantagem em razão de discriminação (HDI's); a criação de um ombudsman do setor de compras, etc.

No caso em tela, a Corte sul-africana entendeu que o uso da compra pública como ferramenta é vital, mas não deve ser elevado a tal ponto que vá além da verdadeira intenção governamental para o qual fora criado. O preço, segundo a referida decisão, não é mais o único critério para vencer contratos administrativos, mas remanesce como o mais importante deles<sup>222</sup>.

Não somos partidários de que o preço – como sugerido pelo julgado acima trazido - seja o critério mais relevante em uma compra pública, mas ele é, sem dúvida, um dos maiores pilares para aferição de seu acerto, seu mais objetivo dado. Juntamente com a qualidade, é elemento essencial a ser garantido para que uma compra possa ser realizada com eficiência.

Veja que a decisão deixa claro o papel vital da compra pública como ferramenta para o atingimento de determinados fins, mas desde que a outorga de preferências não levem a situações teratológicas ou desarrazoadas como consequência, desviando o espírito desse uso extraordinário da compra pública. O aumento de custos da compra estatal é uma variável conhecida e aceita para o exercício da função horizontal da contratação, contudo esse aumento não pode ser de tal ordem que transforme o tratamento favorecido de setores e atores em favoritismo puro e simples, em clara dissipação do dinheiro público.

Como pontuado por Marçal Justen Filho,

É essencial insistir em que a realização de outros valores e a adoção de finalidades indiretas para a contratação administrativa não significa autorização para contratações ruinosas. Sempre deverá ser considerada a escassez de recursos públicos, o que exige o uso mais racional possível. Há necessidade de ponderar as finalidades buscadas e determinar a solução mais compatível com a eficiência econômica<sup>223</sup>.

O preço, destarte, por refletir diretamente o aspecto econômico da vantajosidade a ser buscada pela Administração, remanesce como elemento relevantíssimo, de caráter essencial e que não pode ser desprezado sob a pecha de que a Administração efetuou tal ou qual compra a preços insensatos em exercício de função horizontal.

---

<sup>222</sup>Apud BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa, cit., p. 207.

<sup>223</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, cit., p. 72.

## CONCLUSÃO

A função horizontal da licitação e da contratação administrativa consiste no poder-dever que tem a Administração Pública, agora ainda mais realçado pela inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação - de concretizar objetivos econômicos, sociais ou ambientais por meio das compras que efetua, superando a mera satisfação vertical de suas necessidades ordinárias<sup>224</sup>. Ela vai além do exercício de atividade regulatória por meio da licitação e da contratação administrativa, e por essa razão não adotamos a denominação “função regulatória” ou “função social” da licitação e da contratação administrativa.

Nela, o Estado é ator e regulador simultaneamente no mercado e isso traz consequências peculiares ao exercício dessa função, que tem por fim moldar as relações microeconômicas e verticais que o Estado mantém com seus contratados, tendo em vista a consecução de objetivos horizontais macroeconômicos, sociais e ambientais ou, em outras palavras, a fim de promover o tripé da sustentabilidade. Daí o nome função horizontal da licitação e da contratação administrativa.

A compra pública é mais do que um fim em si mesma: ela também pode, tendo em vista toda a cadeia produtiva que a antecede (insumos, trabalhadores, local da produção, etc), os agentes econômicos que a produzem e os setores da economia envolvidos, ser realizada de modo a induzir condutas e a alcançar objetivos maiores, diretamente relacionados com o tripé da sustentabilidade.

Nos capítulos anteriores vimos – em âmbito mundial e nacional – o uso da licitação e da contratação administrativa como veículo de introdução de políticas econômicas, sociais e ambientais. Nos diversos países e organismos internacionais constatou-se a relevância do poder de compra estatal para a promoção de atuações socialmente desejáveis; para repressão de condutas ilícitas; para reforço do quanto previsto na legislação em vigor; para o fomento de setores e atores constitucionalmente estabelecidos como relevantes, etc.

---

<sup>224</sup>Na verdade, as finalidades econômicas, sociais e ambientais almejadas – como já dito - só serão alcançadas por meio da contratação administrativa, mas os mecanismos desenvolvimentos para que isso ocorra, isto é, para que a Administração Pública possa exercer essa função horizontal, estão espalhados tanto na licitação quanto no contrato.

No capítulo 1, foi feita uma síntese histórica do reconhecimento mundial da relevância do poder de compra estatal como veículo para a concreção de objetivos sociais, econômicos e ambientais. Essa constatação levou organismos internacionais a se debruçarem com mais pormenor sobre a questão, estudando essa função horizontal da licitação com vistas a encontrar um equilíbrio que lhes dê legitimidade em cotejo a outros relevantes interesses ligados ao livre comércio, à lealdade e à transparência.

A Organização das Nações Unidas constata desde a Agenda Global 21 que o poder de compra estatal é um importante instrumento para o desenvolvimento sustentável e, desde então, busca – ainda que facultativamente – o comprometimento dos países quanto à sua utilização para esse fim.

Na Organização Mundial do Comércio temos a tentativa de equilibrar essa legítima função com os desafios do comércio livre e transparente. De outra banda, no âmbito da Organização para o Crescimento e Desenvolvimento Econômico, os amplos e aprofundados estudos sobre essa função restringiram a pauta de polêmicas que envolvem a questões, aceitando a utilização da compra pública para questões ambientais, para reinserção social do preso, por questões de segurança pública e etc.

No capítulo 2, o histórico e a situação atual das compras públicas governamentais como instrumento político no Brasil demonstraram que já há um grande arcabouço legal a respeito do tema, um emaranhado de leis prevendo esparsamente situação em que finalidades econômicas, ambientais ou sociais são inseridas no âmbito das compras públicas.

O exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa já era, destarte, realizado no Brasil - assim como no resto do mundo - muito antes do advento do brocardo “desenvolvimento sustentável” ganhar corpo e vez. O poder de compra é instrumento econômico antigo de que se valem os governos para a concreção de suas políticas, especialmente em tempos de crise. O exercício dessa função horizontal não é, portanto ideia nova, mas remanesce cada dia mais atual. Ela se baseia na implícita noção de que o Estado tem como dever utilizar de seu poder soberano para a promoção do bem comum.

A inserção da sustentabilidade – que por aqui veio na forma expressa de objetivo a ser alcançado – vem para enriquecer e moldar o perfil dessa função face à essa nova realidade.

Daí a necessidade, ainda mais reforçada, de um novo olhar sobre a compra pública. A legislação precisa mudar, precisa se modernizar. Se nem mesmo para a satisfação das necessidades ordinárias da Administração Pública e dos interesses públicos a ela conexos ou subjacentes a atual legislação nacional de compras tem conseguido os resultados esperados, o problema é potencializado pela obrigatoriedade de cumprimento de finalidades extraordinárias.

A inversão de fases no certame; a elaboração correta de especificações técnicas; a criação de setor de compras profissionalizado que seja responsável pela concreta fiscalização do cumprimento do contrato (hoje o que temos é a generalizada e geralmente pífia fiscalização dos contratos administrativos, o que enseja a má qualidade dos serviços contratados pela Administração Pública) e toda uma gama de previsões já existentes em legislações nacionais mais modernas (e pelas quais passamos no Capítulo 2), bem como decorrentes de determinações dos tribunais de contas, precisam ser incorporadas pelo novo texto da lei geral.

Essa mudança imprescindível nas compras públicas passa também pela constatação, segundo nos parece, de que a Administração Pública precisa reconhecer a técnica envolvida na realização da compra pública, isto é, de que conhecimentos técnicos e formação profissional em licitação e contratação administrativa são elementares para que ela seja realizada de modo satisfatório. Já não se pode compreender que uma área tão relevante, que envolva um aporte tão grande de dinheiro e que seja de importância vital para os entes públicos em geral, seja realizada por servidores sem o conhecimento necessário para tanto, sem a *expertise* que o setor de compras demanda.

Deve haver a estruturação em lei de carreiras voltadas à compra pública, de setores especializados nessa matéria, a integrar órgãos que tenham especificamente esse fim<sup>225</sup>. Já vemos em legislações mais recentes – como o Regime Diferenciado de Contratação, por exemplo – a aceitação de que, a depender do objeto contratual a ser licitado e sua complexidade, a Administração Pública precisa socorrer-se das informações do setor privado para a esmerada elaboração de editais, mas parece ainda haver certo receio em

---

<sup>225</sup> Ademais, a União e os Estados devem elaborar editais padronizados que possam ser utilizados por municípios e entes que não têm condições de criar uma estrutura maior para os certames. Isso já tem sido feito, por exemplo, no Estado de São Paulo, por meio do CADTERC. Talvez fosse o caso de, assim como feito em vários outros países, criar-se também uma espécie de Agência Nacional de Compra Públicas, que teria por fim normatizar o setor, padronizando editais e normas quando possível. Atualmente, esse papel tem sido realizado, de certa forma e erroneamente (visto não ser essa sua efetiva competência), pelo controle externo, mais especificamente pelos Tribunais de Contas, que por meio de seus julgados vão corrigindo a conduta dos órgãos licitantes.

profissionalizar efetiva e internamente os setores que realizam as compras públicas em geral, mesmo as mais elementares.

O fato é que – como vimos ao longo desta tese– a vantajosidade vista sob o prisma de melhor compra possível com um determinado montante aumenta a discricionariedade do administrador, que passa a ter ainda mais liberdade para escolha daquilo que satisfaz otimamente da finalidade legal perseguida, de fazer suas escolhas e pautar o certame desde a formulação do edital. Mas precisa ter a devida formação e metas macroeconômicas pré-fixadas para que possa atuar também em prol da consecução de finalidade sociais, ambientais e econômicas nacionais.

Essa discricionariedade é positiva, pois é ela que permitirá que a compra pública seja realizada com excelência, atendendo às finalidades buscadas. Precisa, contudo, de balizas claras para que sua atuação se dê escorreitamente, e que já estão presentes nos princípios da motivação, na transparência, lealdade e boa-fé e ao longo do arcabouço legal existente no ordenamento jurídico brasileiro. Mas não só. Como vimos no Capítulo 4, a obrigação de atingimento de finalidades extraordinárias por meio das compras públicas também possuem balizas específicas relevantes e que nortearão a atuação do administrador.

A primeira delas é que essa função horizontal possui o mesmo grau de relevância da função ordinária a ela atribuída, de modo que a Administração Pública, logicamente guiada pela razoabilidade, proporcionalidade e todos os princípios que a regem, deve buscar sempre a compra pública sustentável. Para tanto, deve valer-se de todos os mecanismos<sup>226</sup> colocados à sua disposição, sejam eles positivos ou negativos, sendo-lhe dada a liberdade discricionária para a escolha do meio mais apto ao ótimo atingimento da finalidade legal de satisfação dos interesses públicos envolvidos. O exercício dessa liberdade de escolha do administrador deve ter sempre em conta que o preço continua sendo um critério muito relevante na contratação pública (pois o Poder Público, como todos, também padece do problema da escassez) e que o tratamento favorecido existente na

---

<sup>226</sup>São eles, sem prejuízo de outros tanto que existam ou venham a ser criados: a fixação de metas quantitativas e de setores prioritários de atuação aos entes públicos para implementação de compras públicas sustentáveis; a exigência de declarações para reforço de normas de comando e controle; a criação de hipóteses de dispensa de licitação; a previsão de margens de preferência a produtos manufaturados nacionais e, ainda, adicionalmente, a produtos que impliquem inovação tecnológica; o empate ficto; a subcontratação obrigatória; a reserva de cotas; as licitações exclusivas; compras públicas compartilhadas; a exigência de rótulos e certificações; a inclusão de cláusula de barreira para impedir a dominação de mercado; a inserção de critérios sustentáveis no objeto a ser contratado e/ou nas especificações técnicas; a previsão de critérios sustentáveis nas cláusulas de execução do contrato e, por fim, a possibilidade de critérios de julgamento das propostas que levem em conta não apenas aspectos financeiros, mas também sociais, ambientais e econômicos.

lei em prol de setores e atores não implica em favoritismo puro e simples, na medida em que se busca um Estado sustentável e não sustentado.

Na verdade, são variados os mecanismos hoje existentes, mas a preocupação com o atendimento de finalidades extraordinárias tem ainda hoje conotação excepcional, tanto que recebem o nome de compra social, compra verde, compra ética, etc.

No futuro, pela própria obrigatoriedade da busca pela sustentabilidade, certames com esse viés devem vir a ser a compra ordinariamente realizada, que já partirá da premissa de que aquilo que o Estado compra é sustentável, isto é, que atende aos aspectos econômicos, sociais e ambientais cabíveis numa dada contratação.

As finalidades extraordinárias a serem alcançadas por meio da compra podem ser as mais variadas, apresentar os mais diversos matizes e se voltar para múltiplas áreas, não havendo qualquer ilegalidade nisso, inexistindo qualquer violação à isonomia no certame e na contratação.

Se ao Estado cabe a busca e a promoção do bem comum<sup>227</sup>, ele pode e deve valer-se de todas as possibilidades de que lhe são abertas para consegui-lo. O uso de seu poder de compra, o exercício da função horizontal da licitação e da contratação administrativa é, portanto, apenas uma delas, a demandar um novo olhar sobre a legislação hoje existente sobre o tema e a profissionalização daqueles que lidam diuturnamente com as compras estatais.

---

<sup>227</sup>Segundo a definição de João XXIII em sua *Mater et Magistra*, define-se o bem comum como “o conjunto de condições sociais por onde os homens tornam-se capazes de alcançar mais facilmente a plenitude de seu desenvolvimento”.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – APA. *Relatório do Estado do Ambiente*, 2011. Dez. 2011.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974. v. 1.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAÚJO, Thiago Cássio d'Ávila. Compreensão geral do Estatuto das microempresas e Empresas de Pequeno Porte – A natureza jurídica dos seus favorecimentos em licitações e contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 95, nov. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63696>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of Public Procurement*, v. 10, n. 2, p. 149-189, 2010.

\_\_\_\_\_; KUNZLIK, Peter. *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*. Cambridge University Press, 2009.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública: para uma administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. v. 1.

BARBOSA, Denis Borges. *Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da lei 12.349/2010*. Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder\\_compra/licitacao\\_incentivo\\_inovacao.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_incentivo_inovacao.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2011.

BERTOLI, Vagner. Licitação sustentável. *Revista Jus Vigilantibus*, Vitória, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42701>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

BETIOL, Luciana Stocco. Aspectos legais da licitação sustentável. *FGV-Gvces*, São Paulo, jun. 2007. Disponível em: <[http://ces.fgvsp.br/arquivos/Luciana%20Stocco%20Betiol\\_Gvces\\_FGV\\_Campras%20Verdes.pdf](http://ces.fgvsp.br/arquivos/Luciana%20Stocco%20Betiol_Gvces_FGV_Campras%20Verdes.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. et al. *Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mário; MAZON, Rubens (Orgs.). *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. 2. ed. ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade, Secretariado para América Latina e Caribe (LACS), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.iclei.org.br/residuos/wp-content/uploads/2011/08/Compras-p%C3%BAblicas-2a-ed-5a-prova.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 108, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70891>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

BITTENCOURT, Sidney. Alterada a Lei nº 8.666/93 pela Medida Provisória nº 495/2010. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 29-31, ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Comentários às alterações impostas à Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/2010. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72154>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa. *Journal of Public Procurement*, v. 6, n. 3, p. 193-217, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

COMISSÃO EUROPEIA. *Compra social: guia para ter em conta aspectos sociais nos concursos públicos*. União Europeia, 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/publications>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO - CMMAD. *Nosso futuro comum*. 2 ed. Tradução de *Our common future*. 1. ed. 1988. Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMUNIDADE EUROPÉIA. *Comprar ecológico! Manual de contratos públicos ecológicos*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2013.

COSTA, André Lucirton. Licitação, concorrência e preço: análise da Lei de Licitação com base em modelos de concorrência e formação de preços. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 195-208, maio/jun. 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 143-175, jul./set. 2011.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

EUR-Lex. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso de bens e serviços de países terceiros ao mercado interno de contratos públicos da União Europeia e que estabelece os procedimentos de apoio às negociações sobre o acesso de bens e serviços da União Europeia aos mercados de contratos públicos dos países terceiros*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0124:FIN:PT:HTML>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

EUROCITIES. *Guía Carpe de compra responsable: ciudades europeas por el consumo responsable*. Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt\\_licitacoes/publicacoes/CARPE\\_guia\\_de\\_compra\\_responsable.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/CARPE_guia_de_compra_responsable.pdf)>. Acesso em: 06, 20 mar.; 20 out. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

\_\_\_\_\_. *Environment*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm)>. Acesso em: 23 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *GPP in practice*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/gpp.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 7. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão*. Disponível em: <[www.jacoby.pro.br/Artigo\\_ProfessorJacoby.pdf](http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf)>.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, fev./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2013.

FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70303>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

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

\_\_\_\_\_; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/2011. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 46-58, set. 2011.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coords.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez./2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid, 1992. v. 2.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Fernando Cléber de Araújo. *O Tribunal de Contas e a defesa do patrimônio ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRAIN, Luiza Fernandes. *Função regulatória da licitação*. Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro para obtenção do título de especialista. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[Http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/luizafernandesgrain.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/luizafernandesgrain.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

GUILHERME, Márcia Lucia. *Sustentabilidade sob a ótica global e local*. São Paulo: FAPESP; Annablume, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *A Reforma da lei nº 8.666/93 e do arcabouço legal das compras públicas no Brasil*: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Nota Técnica n. 8, nov. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n. 50, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, César A. Guimarães (Coords.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN NETO, Marçal. Preferências para produtos manufaturados nacionais em licitações. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n. 62, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 20 mar 2014.

LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. Sustentabilidade, o princípio da lógica e coerência. *Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 9, n. 51, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67459>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

LEITE, Marcelo Lauar. Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE); Fundação Getúlio Vargas (FGV); Escola de Administração Fazendária (ESAF). (Org.). *III Prêmio SEAE de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*. 1. ed. Brasília: Seae, 2009. v. 1, p. 835-890.

LIMA, Luiz Henrique Moraes de. *O Tribunal de Contas da União e o controle externo da gestão ambiental*. 2009. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <[http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/moraes\\_lima.pdf](http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/moraes_lima.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2013.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MALHEIROS, Hugo Antônio do Amaral; ASHLEY, Patrícia Almeida; AMARAL, Sérgio Pinto. *Licitações públicas sustentáveis: como avaliar o comprometimento ético do órgão licitante*. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO, 5. Niterói, jul. 2009. *Anais...* Disponível em: <<http://www.excelenciaemgestao.org/pt/edicoes-antteriores/v-cneg/anais.aspx>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

MARQUES, Felipe Silveira. *Compras públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Brasília: ESAF, 2005. 80 p. Monografia premiada em 3º lugar no X Prêmio Tesouro Nacional – 2005, Tópicos Especiais de Finanças Públicas, Brasília (DF).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

McCRUDDEN, Christopher. *Buying social justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. International economic law and the pursuit of human rights: a framework for discussion of the legality of “Selective Purchasing” Laws under the WTO Government Procurement Agreement. *Journal of International Economic Law*, v. 2, n. 1, p. 3-48, 1999.

\_\_\_\_\_. Social policies issues in public procurement: a legal overview. In: ARROWSMITH, S.; DAVIES, A. (Eds.). *Public procurement: global revolution*. The Netherlands: Kluwer Law International, Dordrecht, 1998. p. 219-239.

\_\_\_\_\_. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, v. 28, p. 257-267, 2004.

MEADOWS, Donella H. et al. *The limits to growth*. A Potomac Associate Books, 1972.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência. *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007*. Brasília, Mar. 2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Plano de ação para a produção e consumo sustentáveis*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2011. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Compras governamentais*. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-1\\_A\\_12\\_INFORMATIVO%20COMPRASNET\\_DadosGerais.pdf](http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-1_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_DadosGerais.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2011.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Guia de Compras Públicas Sustentáveis para Administração Federal*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/06/Cartilha.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – *Roteiro para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentáveis – PLS*. Brasília, 2013.

MORAIS, José Mauro de; MOREIRA, Heloísa Camargo. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: Oficina de la CEPAL, 2003. (Serie Estudios y Perspectivas, n. 1).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, p. 7-11, nov. 2010.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. CARVALHO, Lucila de Oliveira. As novas regras para licitações e contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 110, p. 7-25, fev. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIELSEN, H.K. Public procurement and international labour standards. *Public Procurement Law Review*, v. 4, n. 94.

NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício Carvalho. *Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições IBAMA, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The environmental performance of public procurement: issues of public coherence*. OECD: Paris, 2003.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Government Purchasing: Regulations and Procedures of OEDC Members Countries*, 1976.

\_\_\_\_\_. *Government Purchasing in Europe, North American and Japan: Regulations and Procedures*, 1966.

\_\_\_\_\_. *Public-Private partnerships: in pursuit of risk sharing and value for money*. Paris: OECD, 2008.

\_\_\_\_\_. *The Size of Government Procurement Markets*. Paris: OECD, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21 Global*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2014.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho público econômico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

PÉRCIO, Gabriela Verona; RAMOS, Flávio. Preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações: uma análise crítica à luz do desenvolvimento nacional sustentável. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 61-81, jan./fev. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, maio/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73648>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

\_\_\_\_\_; DOTTI, Marinês Restelatto. O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 74, fev. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52292>>. Acesso em: 5 out. 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Os instrumentos de certificação da qualidade nas compras sujeitas ao RDC. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=82311>>. Acesso em: 17 out. 2014.

PRADO, Lucas Navarro. *A possibilidade de análise dos editais de licitações pelo CADE*. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=9](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=9)>. Acesso em: 22 out. 2014.

ROMEIRO, Ademar R. *Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares. Texto para discussão*, IE/UNICAMP, Campinas, n. 68, abr. 1999.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A nova Lei nº 8.666/93. A Lei nº 12.349/10 e a indução de políticas públicas para promover o desenvolvimento nacional sustentável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2813, 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18687>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda. As alterações da Lei Geral de Licitações pela Lei nº 12.349, de 2010: novos paradigmas, princípios e desafios. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 110, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=71873>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

SANTOS, Fabrício Vieira dos. A legalidade das compras públicas sustentáveis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2774, 4 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18421>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Licitação sustentável: contribuição estatal para atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70305>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCHIMIDT, Flávia de Holanda, ASSIS, Lucas Rocha Soares de. O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, n. 17, p. 9-20, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 37, p. 95-118, 2006.

\_\_\_\_\_. A interação entre a Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. *Forum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95698>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 106, p. 30-44, out. 2010.

\_\_\_\_\_; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A exigência de certificação de qualidade nas licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SEBRAE. Políticas públicas: as micro e pequenas empresas e as compras governamentais. São Paulo; Conselho deliberativo do SEBRAE-SP, 2005. (Temas em Debate 1). Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt\\_licitacoes/publicacoes/compras\\_governamentais.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/compras_governamentais.pdf)>.

SILVA, Renato Cader da; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 63, n. 2, p. 157-175, abr./jun. 2012.

SILVA JÚNIOR, Antônio Costa et al. Oportunidades para compras verdes no setor de suprimentos da Petróleo Brasileiro S/A. *Contextus – Revista Contemporânea de Economia e Gestão*, v. 7, n. 1, p. 69-80, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.contextus.ufc.br/index.php/contextus/article/view/108>>. Acesso em: 26 jul 2011.

SMART SPP: innovation through sustainable procurement. *Incentivar a inovação e a eficiência energética através das compras: um guia prático para as autoridades públicas*. Disponível na internet em: <<http://www.smart-spp.eu>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

SOARES, Ricardo Pereira. Compras governamentais: características das firmas industriais e participação das que inovam. In: DE NEGRI, João Alberto; SALERNO, Mario Sergio (Orgs.). *Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras*. Brasília: IPEA, 2005.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. As contratações públicas e as margens de preferência: qual a verdadeira vantagem? *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 19-25, jan. 2014.

SOUTH AFRICA. *Constitution of the Republic of South Africa* [No. 108 of 1996]. Disponível em: <[http://www.saflii.org/za/legis/num\\_act/cotrosa1996423/](http://www.saflii.org/za/legis/num_act/cotrosa1996423/)>.

\_\_\_\_\_. *Preferential Procurement Policy Framework* [Act 5 of 2000].

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia: planejamento econômico, fomento, empresas estatais e privatização, defesa da concorrência, do consumidor e do usuário de serviços públicos, responsabilidade fiscal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Lilian Castro de. Política Nacional do Meio Ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STROPPA, Christiane de Carvalho. Licitação Sustentável. In. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS, 9, 2009. Disponível em: <<http://www.licitacao.com.br/9seminario/downloads.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e Contratos Administrativos – Orientações e Jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa traduzida pelo planejamento público. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 127-149, jul./set. 2011.

VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor*. São Paulo: Ed. SENAC, 2010.

VIEIRA, André Luís. Contratações públicas sustentáveis. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, v. 9, n. 100, p. 31-44, abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Desenvolvimento sustentável: variações sobre o tema. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, v. 7, n. 39, p. 11-21, maio/jun. 2008.

WANG, Ping; ZHANG, Xinglin. *Chinese public procurement law: na introductory textbook*. EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010.

WINTER, Gerd. A fundamental and two pillars: the concept of sustainable development 20 years after the Brundtland Report. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Cristina. *Sustainable development in international and national law*. Groningen: Europa Law, [s.d.].

WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. *The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *General overview of WTO work on government procurement*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/overview\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2014.