

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRCIA BELLO DE OLIVEIRA BRAGA

**CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE  
FOMENTO ECONÔMICO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Porto Alegre

2015

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRCIA BELLO DE OLIVEIRA BRAGA

**CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE  
FOMENTO ECONÔMICO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Professor Orientador: Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2015

### CIP - Catalogação na Publicação

Braga, Márcia Bello de Oliveira  
CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE  
FOMENTO ECONÔMICO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 / Márcia Bello de  
Oliveira Braga. -- 2015.  
124 f.

Orientador: Rafael da Cás Maffini.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Contratações administrativas. 2.  
Desenvolvimento nacional sustentável. 3. Fomento  
econômico. I. Maffini, Rafael da Cás, orient. II.  
Título.

## RESUMO

A presente dissertação trata da contratação administrativa como instrumento de fomento econômico, pelo prisma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação posterior, com o objetivo de apurar se há suporte constitucional para o fomento das áreas escolhidas pelo legislador e contempladas pelo Direito Administrativo Contratual vigente; se é legítima a utilização das contratações públicas como instrumento de fomento, finalidade que extrapola o interesse direto da Administração na aquisição do bem, na execução da obra ou na prestação do serviço; e qual o impacto dessas medidas nos procedimentos de contratações administrativas. Na primeira parte do trabalho, com o objetivo de melhor compreender a relação entre a função estatal de incentivo e os contratos administrativos, são buscadas balizas constitucionais para a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, mediante o melhor entendimento da sua função de incentivo e a busca de objetivos, pessoas e/ou áreas que poderiam ser destinatárias do fomento econômico, investigando-se no que consiste a vantagem a ser buscada pela Administração em suas contratações e a sua relação com o fomento econômico. Na segunda parte do trabalho, são examinadas as principais alterações legislativas que visam à utilização das contratações administrativas como instrumentos de fomento econômico, que foram agrupadas em dois blocos. Um para exame dos benefícios concedidos às microempresas, às empresas de pequeno porte, às cooperativas e para outras formas associativas; outro para exame das preferências estabelecidas para proteção do mercado nacional e do meio ambiente e para o incentivo à inovação tecnológica.

**Palavras-Chave:** Contratações administrativas. Desenvolvimento nacional sustentável. Externalidades. Fomento econômico. Proposta mais vantajosa.

## ABSTRACT

The present work deals with the administrative signings as an economic fomentation tool, through the prism of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988 and subsequent legislation, in order to determine whether there is constitutional support for the fomentation of the areas chosen by the legislator and, contemplated by Contractual Administrative Law in force; if is legitimate the use of public contractings as a fomentation tool, purpose that goes beyond the direct interest of the Administration at the acquisition of the property, carrying out the work or providing the service; and what impact of these measures in the procedures for administrative hirings. In the first part of the work, in order to better understand the relationship between the state function of incentives and administrative signings, constitutional goals are sought for the State acting as a normative and regulating agent of economic activity through a better understanding of their function incentive and the pursuit of goals, people and / or areas to be the recipients economic fomentation, investigating on what is the advantage to be sought by management in their hirings and their relationship with economic fomentation. In the second part of the work are investigated main legislative changes aimed at the use of administrative signings as instruments of economic fomentation, which were grouped into two blocks. One for the examination of the benefits granted to micro-enterprises, to small businesses, cooperatives and other forms of association; another exam of the preferences established for the domestic market protection and the environment and to encourage technological innovation.

**Keywords:** Administrative signings. Sustainable national development. Externalities. Economic fomentation. Most advantageous proposal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 FOMENTO ECONÔMICO: COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO ESTATAL DE INCENTIVO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>10</b>
1.1 Função estatal de incentivo: Fomento econômico e a Constituição da República de 1988.....	11
1.2 Busca da proposta mais vantajosa: Fomento econômico e a legislação de Direito Administrativo Contratual .....	40
<b>2 INSTRUMENTALIDADE DAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS: DISPOSIÇÕES DE FOMENTO ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE DE DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRATUAL .....</b>	<b>54</b>
2.1 Fomento a pessoas: estímulo à microempresa, à empresa de pequeno porte, à cooperativa e a outras formas associativas .....	55
2.2 Fomento em áreas: estímulo ao mercado nacional, à proteção do meio ambiente e à inovação tecnológica .....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>113</b>

## INTRODUÇÃO

As contratações administrativas de obras, serviços, compras e alienações, conforme art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988 -, deverão ser precedidas de licitação, que garanta a igualdade de condições a todos os concorrentes, salvo nas exceções previstas em lei. A competência para disciplinar sobre as normas gerais de licitação, conforme art. 22, inciso XXVII, da CRFB/1988, é da União, que editou, em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666. Desde logo, importa delimitar que se considera como contratação administrativa, para fins deste trabalho, aquelas destinadas à execução de obras, à prestação de serviços, ao fornecimento de bens e às alienações, referidas no art. 37 da CRFB/1988 e no art. 2º da Lei nº 8.666/1993. Portanto, não serão abordados outros negócios jurídicos da Administração Pública, ainda que de natureza contratual, tais como consórcios, parcerias público-privado, concessões e permissões de serviços públicos etc.

A Lei nº 8.666/1993, desde a sua edição, indicava como objetivos da licitação a preservação do princípio constitucional da isonomia e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, prevendo a realização de diversos atos preparatórios à contratação, estabelecendo os procedimentos do certame e os critérios de seleção do vencedor, regrando a formalização e execução do contrato, inclusive prevendo as suas hipóteses de rescisão e a aplicação de sanções em caso de inadimplemento contratual ou na ocorrência de infrações administrativas, além das hipóteses de licitação dispensável ou inexigível. Na leitura dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, é perceptível que o seu foco principal é no *controle*.

Em 17 de julho de 2002, a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, foi convertida na Lei nº 10.520, que institui a modalidade de licitação pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns. Entre as inovações dessa Lei estão a inversão das fases de julgamento, iniciando-se com as propostas e passando-se à habilitação, a introdução da sessão de lances e previsão de recurso único, ao final do certame, e somente para aqueles licitantes que houverem motivadamente manifestado a intenção de recorrer. Examinando a nova sistemática introduzida pela Lei nº 10.520/2002, percebe-se que o foco dessa norma está na *celeridade*, que inclusive foi previsto como princípio do pregão no art. 4º do Anexo I do Decreto Federal nº 3.555, de 8 de agosto de 2000 (data pretérita à edição da Lei, porque se propunha a regulamentar a Medida Provisória que lhe antecedeu).

Em 14 de dezembro de 2006, foi editada a Lei Complementar nº 123, que, em seu Capítulo V, prevê tratamento diferenciado e beneficiado para as microempresas e empresas de pequeno porte (tratamento esse estendido a outros beneficiários por normas posteriores), que estabelece uma preferência para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, que vai desde privilegiar as beneficiárias em caso de empate até a realização de licitações exclusivas entre elas. A Lei Complementar nº 123/2006 foi alterada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, que ampliou os benefícios anteriores, tornando imperativa a contratação das beneficiárias nas contratações inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e, nas contratações de bens de natureza divisível acima desse limite, impôs a reserva de cota de 25% do objeto para tais empresas. Essas normas têm como foco o *desenvolvimento econômico*, sendo o contrato administrativo um instrumento a ser utilizado para esse propósito.

Nesse interregno, foi editada a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que inclui entre os objetivos da licitação o desenvolvimento nacional sustentável, criando prerrogativas para o mercado nacional, além de estimular a proteção ao meio ambiente e a inovação tecnológica, inclusive mediante a estipulação de margens de preços dentro das quais é tolerável privilegiar produtos e fornecedores nacionais em detrimento do menor preço. O foco dessa norma é *desenvolvimento econômico e sustentabilidade*.

A Lei nº 8.666/1993, desde a sua edição, contém disposições que nitidamente se destinam a fomentar determinadas atividades ou pessoas, especialmente nas hipóteses de licitação dispensável, arroladas no seu art. 24. Porém, conforme narrado, durante a última década, as normas de licitações e as hipóteses de contratação direta estão sofrendo significativas modificações (seja por alterações no próprio texto da Lei nº 8.666/1993, seja por edição de leis esparsas), quase todas inseridas em um contexto de políticas públicas de fomento econômico.

Garantir o desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, inciso II, da CRFB/1988, sendo princípio da ordem econômica a soberania nacional, a defesa do meio ambiente e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, conforme art. 170, incisos I, VI e IX, da CRFB/1988. Por outro lado, a ordem econômica tem entre seus fundamentos a livre iniciativa e entre seus princípios a livre concorrência, conforme o art. 170 da CRFB/1988, sendo que a tendência econômica indicada pela Constituição da República é a de mercado, espontânea, que, por não estar imune a eventuais disfunções, poderá sofrer intervenções nas hipóteses constitucionalmente admitidas. O Estado é detentor de riqueza e é grande

consumidor de bens e serviços, podendo intervir na ordem econômica e, quiçá, interferir no movimento natural de mercado por intermédio das suas próprias contratações, o que parece ser o objetivo da Lei Complementar nº 123/2006 e da Lei nº 12.349/2010, no tocante à matéria.

O art. 174 da CRFB/1988 reconhece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que, nessa condição, “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”. Para o presente estudo, é especialmente relevante a função de incentivo, que será abordada sob o viés do fomento, e, em suma, trata-se de o Estado atuar como um facilitador para que os particulares satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral, sem que se utilize de meios coercitivos para tanto.

Nesse cenário, surgem algumas questões, dentre as quais se destacam as seguintes:

Primeira: Há suporte constitucional para o fomento das áreas escolhidas pelo legislador e contempladas pelo Direito Administrativo Contratual vigente?

Segunda: É legítima a utilização das contratações públicas como instrumento de fomento, finalidade que extrapola o interesse direto da Administração na aquisição do bem, na execução da obra ou na prestação do serviço?

Terceira: Qual o impacto dessas alterações nos procedimentos de contratações administrativas?

O objetivo de responder essas perguntas, ou ao menos lançar luzes sobre esses temas, conduziu o presente trabalho, que foi dividido em duas partes. A primeira, denominada de “Fomento econômico: compreensão da relação entre a função estatal de incentivo e os contratos administrativos”, é destinada a entender a relação entre a função estatal de incentivo e os contratos administrativos, que se estabelece por meio do fomento econômico, sendo este a ação administrativa voltada à execução da função de incentivo. Para o desenvolvimento da matéria, começar-se-á pelo exame do fomento econômico na Constituição da República de 1988, partindo da compreensão da função de incentivo e sua previsão constitucional, seguindo na busca de áreas onde é permitida a atuação estatal nesse sentido. Na sequência, examinar-se-á o fomento econômico frente à legislação de Direito Administrativo Contratual, visando a identificar a possibilidade da instrumentalização dos contratos administrativos para fins de fomento, buscando a compatibilização do objetivo de busca da proposta mais vantajosa para a

Administração nos procedimentos de contratação com o objetivo de desenvolvimento nacional sustentável.

A segunda parte do trabalho, denominada de “Instrumentalidade das contratações administrativas: disposições de fomento econômico na legislação vigente de Direito Administrativo Contratual”, é destinada à identificação das disposições legais voltadas à utilização dos contratos administrativos como instrumento de fomento e ao exame da sua adequação frente aos limites constitucionais impostos às áreas de atuação do Poder Público na ordem econômica, bem como as necessárias adaptações dos procedimentos licitatórios para atendimento dessa nova finalidade, inclusive a harmonização das diversas preferências estabelecidas pelas legislações. Para tanto, examinar-se-á a legislação destinada ao estímulo à microempresa e à empresa de pequeno porte, bem como às cooperativas e outras formas associativas; e depois a legislação destinada à promoção do desenvolvimento nacional sustentável e ao desenvolvimento tecnológico.

Os critérios para agrupamento dos temas foram dois: a principal norma que trata do fomento a essas atividades por meio das contratações públicas, sendo para o primeiro a Lei Complementar nº 123/2006 e para o segundo a Lei nº 12.349/2010; e o modo de atuação da norma, sendo que a primeira elege pessoas a serem incentivadas, sendo elas próprias intermediárias no objetivo final de desenvolvimento, e a segunda atua diretamente sobre áreas de interesse, proteção do mercado nacional, proteção ao meio ambiente e inovação tecnológica.

A matéria será examinada apenas pelo prisma da Constituição da República de 1988 e da legislação posterior, não se investigando práticas semelhantes no ordenamento anterior ou eventuais distorções ou abusos realizados, bem como a eficácia ou não dessas medidas.

# 1 FOMENTO ECONÔMICO: COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO ESTATAL DE INCENTIVO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988 –, ao indicar como fundamento da própria República e da ordem econômica a valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, *c/c* art. 170, *caput*), e a livre concorrência como princípio da ordem econômica (art. 170, inciso IV), adota a economia de mercado como regime econômico<sup>1</sup>, que, por não estar imune a eventuais disfunções, poderá sofrer intervenções nas hipóteses constitucionalmente admitidas.

O art. 174 da CRFB/1988 reconhece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que, nessa condição, “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”. No desempenho da função de incentivo, o Estado atua como um facilitador para que os particulares satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral, sem que utilizem meios coercitivos para tanto, mas, ao contrário, estimula que os particulares se alinhem à política econômica mediante o oferecimento de prêmios, resguardando a liberdade de iniciativa<sup>2</sup>.

Porém, ainda que não sejam utilizados meios coercitivos, o incentivo é forma de atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, razão pela qual os objetivos, as pessoas e/ou as atividades incentivadas necessitam de alguma forma estar contempladas no âmbito da constituição econômica, sob pena de tal intervenção extrapolar os limites admitidos.

O Estado é detentor de riqueza e é grande consumidor de bens e serviços, podendo intervir na ordem econômica e, quiçá, interferir no movimento natural de mercado por intermédio das suas próprias contratações. A Constituição da República,

---

<sup>1</sup> FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Arts. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2013. p. 6.

<sup>2</sup> “Como forma de intervenção indireta na economia, o fomento é capaz de viabilizar a satisfação de necessidades e interesses públicos com mínima restrição na liberdade e propriedade privada, e sem que o Estado assuma para si a prestação de determinada atividade.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 405).

em seu art. 37, inciso XXI, determina que as contratações de obras, serviços, compras e alienações devem ser precedidas de licitação, que preserve a igualdade de condições a todos os concorrentes. A Lei nº 8.666/1993, que regulamenta a matéria, agrega às finalidades da licitação, além da preservação do princípio da isonomia, a busca da proposta mais vantajosa, inclusive sob o viés do desenvolvimento nacional sustentável.

As ações administrativas destinadas à concretização do incentivo são denominadas de fomento, sendo os contratos administrativos<sup>3</sup> um de seus instrumentos. Nessa primeira parte do trabalho, o objetivo é melhor compreender essa relação entre a função estatal de incentivo e os contratos administrativos. Para tanto, começar-se-á buscando balizas constitucionais para a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, mediante o melhor entendimento da sua função de incentivo e a busca de objetivos, pessoas e/ou áreas que poderiam ser objeto de fomento econômico. Na sequência, investigar-se-á no que consiste a vantagem a ser buscada pela Administração em suas contratações e a sua relação com o fomento econômico.

### **1.1 Função estatal de incentivo: Fomento econômico e a Constituição da República de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 – prevê, em seu art. 3º, como objetivo fundamental da República, o de “garantir o desenvolvimento nacional”. Aliás, o desenvolvimento já aparece no Preâmbulo<sup>4,5</sup> da Constituição como finalidade do Estado Democrático. Então, disciplinou a ordem econômica em seu Título VII, Capítulo I, especificamente do art. 170 ao art. 192.

---

<sup>3</sup> Conforme já adiantado na introdução, para fins dessa dissertação, contratos administrativos são aqueles destinados à execução de obras, à prestação de serviços, ao fornecimento de bens e às alienações, referidas no art. 37 da CRFB/1988 e no art. 2º da Lei nº 8.666/1993.

<sup>4</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”.

<sup>5</sup> “Nele se inscrevem os fins últimos da ordem política fundamental, propiciando origem, legitimidade e unidade ao ordenamento normativo que a ele se seguirá. Apesar de não integrar a parte normativa da CF, tem grande importância, pois estabelece as pretensões e intenções do constituinte e os valores supremos do constitucionalismo brasileiro, condicionando os meios para a sua realização.”. (FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Art. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2013. p. 1)

A ordem econômica “é o conjunto de princípios, funcionando harmoniosamente, que vêm definir os elementos do sistema econômico e do regime econômico. É a noção de ordem econômica que explica a valoração recebida pelos fatos econômicos<sup>6</sup> e a relação que tais valores assumem entre si”<sup>7</sup>. CAMARGO destaca que, embora as constituições<sup>8</sup> dediquem segmentos específicos ao tratamento da ordem econômica, o tema pode estar espalhado na Constituição.<sup>9</sup>

O art. 170 da CRFB/1988, que abre as disposições relativas à ordem econômica, assim dispõe:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.<sup>10</sup>

De acordo com o art. 170 da CRFB/1988, os fundamentos da ordem econômica, ou seja, “os valores que devem ser tomados como razão de ser da ordem

<sup>6</sup> “Fato econômico é todo fato que de alguma forma vai repercutir na satisfação de necessidades.” (in: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 21.)

<sup>7</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 118.

<sup>8</sup> No Novo Dicionário de Direito Econômico, da Fundação Brasileira de Direito Econômico, a constituição econômica é definida como “conjunto de normas e princípios conformadores de uma determinada ordem jurídico-econômica”, que pode se encontrar em segmento destacado da constituição, ou não, “traduzindo-se em um instrumento limitador e concretizador de uma política econômica constitucional, operando como um limite e um impulsionador ao legislador, proibido de executar uma política econômica e social de sinal contrário às normas constitucionais”. (In: NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 131.)

<sup>9</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 117.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

econômica”<sup>11</sup>, são a valorização do trabalho e a liberdade de iniciativa, sendo essa a “característica da atividade econômica privada, no sentido de que ninguém pode ser compelido ao exercício de tal atividade, embora o trabalho não deixe de ser obrigação social”<sup>12</sup>. FARIA complementa tal noção, referindo o direito de ingressar no mercado e exercer atividade (art. 170, parágrafo único) e a limitação dos poderes da administração, relativamente à exploração direta das atividades econômicas<sup>13</sup>.

O art. 170 da CRFB/1988 indica ainda o fim da ordem econômica, ou seja, o objetivo a que visa atingir é assegurar a todos existência digna (fim), conforme os ditames da justiça social (qualificador do fim)<sup>14</sup>. Os princípios da ordem econômica, indicados também no art. 170 da CRFB/1988, “são os referenciais definidores da ideologia adotada na ordem jurídico-econômica vigente”<sup>15</sup>, quais sejam: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Sobre a soberania nacional, importante destacar o seu aspecto de soberania econômica, que, segundo CAMARGO, é a capacidade estatal de formular e executar sua política econômica:

[...] noção cara ao nacionalismo econômico – escola que identifica na proteção e fomento da produção no território de um país, como apta a superar a desigualdade em relação a outros países, o verdadeiro propulsor da liberdade econômica -, traduz a capacidade de o Estado, sem qualquer outra instância coercitiva superior, por qualquer de seus órgãos, formular e executar a sua política econômica. Embora pareça tal dispositivo dizer respeito apenas à política econômica no âmbito nacional, o fato é que políticas econômicas de âmbito local, sejam estaduais, sejam municipais, podem ser aptas a comprometer o poder de auto-determinação do País no que tange à formulação e execução de sua política econômica.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 118.

<sup>12</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 120.

<sup>13</sup> FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 108.

<sup>14</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 119-120.

<sup>15</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 119.

<sup>16</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 121.

Também GRAU ressalta a relação entre soberania política e soberania econômica, referindo que a previsão da soberania nacional dentre os princípios da ordem econômica afirma “a autonomia nacional em termos de decisão a propósito dos rumos das políticas econômicas; a internalização dos centros de decisão econômica passa a consubstanciar imposição constitucional”<sup>17</sup>.

Importa ressaltar que, por outro lado, a Constituição da República também determina que se busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, como é o caso do Mercosul (art. 4º, parágrafo único)<sup>18</sup>, e veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19).

Conforme pondera GRAU, a “soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico”<sup>19</sup>, estando relacionada com o objetivo de sobrepujar o subdesenvolvimento e a dependência existente em face dos países desenvolvidos, e que, estabelecer a soberania econômica nacional como instrumento da garantia de existência digna “é definir programa de políticas públicas voltadas não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional”<sup>20</sup>.

A propriedade privada, direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reavê-la de quem injustamente a possui<sup>21</sup>, é “essencial a toda a organização política regular, por animar o trabalho, expandindo-se a aplicação da atividade individual e coletiva, com proveito geral”<sup>22</sup>, sendo a função social da propriedade “título de legitimação da propriedade, no sentido de que os poderes a ela inerentes somente se justificam se exercidos de modo benéfico ao interesse coletivo”<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 15.

<sup>18</sup> CAMARGO aborda (e rechaça) a potencial contradição entre o art. 4º, parágrafo único, e o art. 219, ambos da CRFB/1988. (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 89.)

<sup>19</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1796.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1797.

<sup>21</sup> SIDOU, J. M. Othon *Dicionário Jurídico Brasileiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 699.

<sup>22</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 122.

<sup>23</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 123.

A livre concorrência pressupõe “a igualdade de oportunidades de acesso ao mercado por parte da pluralidade de agentes econômicos, de tal sorte que cada indivíduo que componha o conjunto de consumidores tenha plena liberdade de escolha”<sup>24</sup>. Nessa mesma linha, FARIA refere que a liberdade de concorrência é “relativa ao direito de praticar o jogo econômico com os demais empresários que desempenham suas atividades no mercado, sem que estes ponham entraves à competição”<sup>25</sup>. Além disso, o autor ressalta que a livre concorrência não é corolário da livre iniciativa.<sup>26</sup>

Relativamente à concorrência, vale referir que o art. 173, § 4º, da CRFB/1988, determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A propósito do tema, FARIA ressalta que a CRFB/1988 não rejeita o uso do poder econômico, mas o abuso do poder econômico, não sendo necessária para a sua caracterização a consumação das consequências referidas no §4º, bastando que a conduta tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário do lucro<sup>27</sup>.

No tocante à defesa do consumidor, esse princípio parte do pressuposto de maior vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, tendo em vista necessitar dos produtos e serviços postos à disposição no mercado, razão pela qual é merecedor de especial proteção na ordem econômica<sup>28</sup>.

MIRAGEM destaca a vinculação da defesa do consumidor com a proteção ao meio ambiente por meio do consumo sustentável – e para além do fato da degradação ambiental poder prejudicar ou comprometer o consumo humano de determinados bens -, ressaltando a importância da diferenciação dos produtos e serviços em razão do seu processo produtivo, dentre outras medidas que impõe ao fornecedor o dever de também adotar comportamentos ambientalmente adequados<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 125.

<sup>25</sup> FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 108.

<sup>26</sup> FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 149.

<sup>27</sup> FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 78-79; 150.

<sup>28</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 126.

<sup>29</sup> MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre: n. 74, jul./dez. de 2013. p. 231.

A propósito, em relação ao meio ambiente, o art. 170, inciso VI, coloca a sua proteção como princípio da ordem econômica, prevendo inclusive o tratamento diferenciado para produtos e serviços de acordo com o seu impacto ambiental e seus processos de elaboração e prestação. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, sendo considerado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, razão pela qual o art. 225 da CRFB/1988 impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações. JELINEK afirma que o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe obrigações ao Poder Público e à coletividade, no sentido de defendê-lo e preservá-lo, sendo que “preservação e recuperação do meio ambiente natural e urbano passa a ser, portanto, base em que se assenta a política econômica e social do país”<sup>30</sup>.

A redução das desigualdades regionais e sociais parte do reconhecimento da existência de níveis diversos de desenvolvimento e de riqueza entre as regiões, estabelecendo como princípio da ordem econômica a sua redução (e não necessariamente sua eliminação). GRAU refere que o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais também é reconhecimento de um quadro de subdesenvolvimento que se pretende reverter e de que os problemas regionais não podem ser retirados do contexto nacional, ainda que respeitadas especificidades regionais, bem como de que o fundamento das políticas de desenvolvimento regional é a igualdade entre todos os brasileiros, no tocante às condições sociais de vida e à prestação de serviços públicos essenciais<sup>31</sup>.

O pleno emprego, por sua vez, “traduz o aproveitamento pleno dos recursos materiais e humanos que a realidade de um país oferece no envolver da vida econômica”<sup>32</sup>. Esse princípio não se contrapõe ao meio ambiente equilibrado, tendo em vista que “ambos os dispositivos se voltam contra o desperdício dos recursos a serem

---

<sup>30</sup> JELINEK, Rochelle. *Licença ambiental e urbanístico para o parcelamento do solo urbano*. p. 2. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/doutrinaparcel\\_19.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/doutrinaparcel_19.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1819.

<sup>32</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 128.

trabalhados e que, por outro lado, é perfeitamente possível o desenvolvimento de atividades econômicas não degradadoras”<sup>33</sup>.

O tratamento privilegiado para as empresas de pequeno porte constituídas de acordo com as leis do país e com sede e administração neste, parte do pressuposto da dificuldade dessas de competirem no mercado, razão pela qual não há contradição desse princípio com o da livre concorrência<sup>34</sup>. Aliás, GRAU sustenta que tal tratamento diferenciado é “implementação do Princípio da Isonomia, berço da Livre Concorrência; é necessário que sejam concedidas condições para que esta se instaure [...]”<sup>35</sup>. Complementando esse entendimento, SCAFF e SCAFF afirmam que:

Desse modo, elevar este tratamento diferenciado ao *status* constitucional demonstra a importância destas empresas para o mercado brasileiro, pois geram empregos; oferecem produtos e serviços atendendo ao princípio da defesa dos interesses do consumidor e às premissas da livre concorrência; desenvolvem tecnologias; enfim, participam ativamente em prol do desenvolvimento socioeconômico e para alcançar os objetivos em direção da justiça social.<sup>36</sup>

Além disso, em relação às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, a CRFB/1988 prevê que os entes federados lhes dispensarão tratamento 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 (art. 179). PINGRET, ao tratar do fomento às microempresas e empresas de pequeno porte, ressalta que o tratamento favorecido não é motivado por a empresa se dedicar a essa ou àquela atividade, mas sim pelo resultado anual da sua atividade, ressalvando que o legislador poderá definir os critérios pelos quais uma empresa, em que pese sua dimensão, seu faturamento anual, poderia converter-se num “tal somatório de poder econômico que não se justificaria sua classificação como micro”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 126.

<sup>34</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 128.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1823.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1857.

<sup>37</sup> PINGRET, Clóvis Sá Britto. O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das microempresas. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. p. 56-57.

Como afirmado logo de início, garantir o desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República (art. 3º da CRFB/1988), e tal objetivo permeia a ordem econômica e, em especial, as funções do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, que são a de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, sendo que a lei estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo (art. 174 da CRFB/1988<sup>38</sup>). MARQUES NETO<sup>39</sup> refere que a fiscalização da economia é função estatal coercitiva, sendo que o incentivo (fomento) seria exercido por indução da iniciativa privada, e que a função de planejamento está relacionada à identificação dos objetivos a serem priorizados pelo Estado e os meios para seu alcance.

Além disso, a constituição econômica não se limita aos dispositivos constantes especificamente na ordem econômica, mas o art. 170 da CRFB/1988 - com seus fundamentos, fim e princípios - deve ser o norte interpretativo. Assim, o art. 200, inciso V, prevê que ao sistema único de saúde compete “incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico, tecnológico e a inovação”; e o art. 218<sup>40</sup> prevê que o Estado

---

<sup>38</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.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988).

<sup>39</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. *In*: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 409.

<sup>40</sup> “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação

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

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 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.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação tecnológica e a inovação, voltada à pesquisa tecnológica, preponderantemente para a solução de problemas brasileiros e para o desenvolvimento dos sistemas produtivos nacional e regional, sendo que a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia.

A respeito do tratamento constitucional da ciência e tecnologia, MARQUES<sup>41</sup> menciona que as previsões constitucionais anteriores a 1988 eram relativas principalmente à liberdade de pesquisa e de expressão, bem como a “possibilidade de defender os seus resultados práticos tecnológicos e patenteáveis”, mas não como “tarefa-dever” do Estado, destacando a importância da existência de um capítulo da CRFB/1988 dedicado à Ciência e à Tecnologia e da “diretriz constitucional da função promocional do Estado em relação ao desenvolvimento científico, pesquisa em geral e capacitação tecnológica”<sup>42</sup>, tendo em vista que:

A soberania de uma nação será conquistada e mantida com a concorrência e fortalecimento da base científica e tecnológica interna, do cuidado com os recursos nacionais disponíveis e potenciais e com autonomia de decisões acerca das formas de equacionamento dos desafios para se atender as necessidades do país e do povo.<sup>43</sup>

No art. 219<sup>44</sup>, a CRFB/1988 prevê que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal, sendo que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação, a constituição de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no *caput*.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988).

<sup>41</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1987.

<sup>42</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1988. p. 1996.

<sup>43</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1988.

<sup>44</sup> “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988).

promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

A respeito da inclusão do mercado interno como patrimônio público nacional, CAMARGO refere que por mercado interno “entende-se a relação oferta-procura que se trata no interior de uma determinada base territorial, correspondente ao território nacional”<sup>45</sup> - conceito do qual não se excluem as relações concorrenciais entre empresas estrangeiras e nacionais -, bem como refere a articulação do conceito de mercado interno como as noções de patrimônio público – sujeito, portanto, a controle mediante ação popular<sup>46</sup> a ação civil pública<sup>47</sup> – e de abuso de poder econômico – eliminação da concorrência e dominação de mercado<sup>48</sup>.

A partir dessas definições, CAMARGO extrai relevantes conclusões, dentre elas a de que “O estabelecimento de condições privilegiadas em prol de um dos concorrentes, sem uma razão material plausível, mostra-se apto a lesar o mercado interno”<sup>49</sup>, inclusive no âmbito das contratações públicas, pode-se inferir. Além disso, CAMARGO<sup>50</sup> destaca as condicionantes à proteção do mercado interno, constantes no próprio art. 219: o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país. A respeito dos arts. 218 e 219, MARQUES afirma o vínculo entre progresso, nação e ciência<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 86.

<sup>46</sup> “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.” (BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho, de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, 5 jul. 1965).

<sup>47</sup> “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] VIII – ao patrimônio público e social.” (BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985).

<sup>48</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 87.

<sup>49</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 89.

<sup>50</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 93.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1988.

Esses três últimos dispositivos (arts. 200, 218 e 219), embora estejam localizados na ordem social, se conectam com o fomento econômico, pois, como afirma MOREIRA NETO: “A *ciência*, como sistematização racional do conhecimento, encontra seu estímulo no campo *educacional* e *cultural*, e a *tecnologia*, como conhecimento aplicado, tem forte sentido *econômico*, estando, por isso, vinculada à *atividade empresarial*”<sup>52</sup>. Aliás, MARQUES, CAVALLAZZI e MIRAGEM concluem que a “pesquisa tecnológica, quando associada a fins econômicos deve ser considerada em acordo com os princípios da ordem econômica constitucional”<sup>53</sup>. Vale destacar que esses três dispositivos, entre outros, foram alterados em 26 de fevereiro de 2015, pela Emenda Constitucional nº 85, que atualiza o tratamento constitucional das atividades de ciência, tecnologia e inovação.

MOREIRA destaca que a atuação estatal na ordem econômica está claramente delineada na Constituição da República e que, sendo a economia brasileira uma economia de mercado, somente se “pode admitir intervenções restritas do Estado, as quais são minudenciadas no Texto Maior”<sup>54</sup>. Nessa mesma linha, MOREIRA NETO afirma que “somente a própria Constituição, pois que entroniza o *regime de livre iniciativa* e *economia de mercado*, poderá excepcioná-lo, vedado ao legislador, sob qualquer pretexto, prescrever *modalidades interventivas* que não tenham sido nela expressamente previstas”<sup>55</sup>.

A respeito dos limites à atuação estatal na ordem econômica, OLIVEIRA lembra que “quem fala em outorgar competência, fala, automaticamente, em limitar competência, pois toda outorga implica necessariamente sua limitação”<sup>56</sup>. Avançando na matéria<sup>57</sup> - examinando a ordem econômica na Emenda Constitucional<sup>58</sup> n.º 1/1969 à

<sup>52</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 606.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2007.

<sup>54</sup> MOREIRA, Egon Bockmann O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 853.

<sup>55</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 501.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 447.

<sup>57</sup> O autor sustenta que, em se tratando da competência para a intervenção estatal, essa pressupõe a existência de um campo próprio para a atuação da iniciativa privada, onde a liberdade econômica do particular seja a regra, no qual o Estado poderá *intervir* em caráter de exceção. No esforço de delimitar tal campo, o autor destaca que estariam ressalvadas da livre iniciativa, pela Constituição, as atividades que são finalidades precípua e primeiras do Poder Público, como a emissão de moeda e a

Constituição da República de 1967 –, o autor<sup>59</sup> refere que os fins e os princípios indicados orientam o intérprete e devem ser levados em conta na análise de todos os demais dispositivos da ordem econômica e social<sup>60</sup>, e que a liberdade de iniciativa é o princípio basilar da ordem econômica, sendo que os demais princípios arrolados seriam qualificadores do primeiro:

De fato, o que a Constituição efetivamente consagra é a liberdade de iniciativa. Mas, como nos dias atuais não se vive mais no capitalismo clássico, necessário se torna qualificar as finalidades sociais a que está subordinada tal liberdade econômica, isto é, a ‘função social da propriedade’ (III). Assim, a Constituição não consagrou a pura e simples, liberdade de iniciativa, mas somente aquela que consiga promover a ‘expansão das oportunidades de emprego produtivo’ (VI) – já que a ‘valorização do trabalho como condição de dignidade humana’ (II) é também finalidade da ordem econômica – levando igualmente em conta a ‘harmonia e a solidariedade entre as categorias sociais de produção’ (IV). Como corolário inafastável de tais qualificações, reprimiu-se o abuso do poder econômico, caracterizado pela ocorrência de um ou mais dos eventos do ‘domínio dos mercados’, ‘da eliminação da concorrência’ ou do ‘aumento arbitrário dos lucros’ (v).<sup>61</sup>

Sobre a atuação do particular no mercado, OLIVEIRA<sup>62</sup> observa que tal liberdade não é ilimitada, existindo balizas constitucionais. Assim, por exemplo, o estabelecimento constitucional de direitos sociais aos trabalhadores implica restrições em certo nível à atividade econômica particular. Nessa linha, a Constituição da

---

manutenção das forças armadas; as outorgadas exclusiva ou preferencialmente ao Estado, sendo que a iniciativa privada somente poderia atuar mediante concessão ou permissão estatal ou de forma suplementar, conforme o caso; e aquelas que são vedadas a ambos – Estado e particular –, conceituadas como criminosas. Assim, por exclusão, “Toda e qualquer atividade econômica que não se enquadra em uma das quatro categorias anteriores, por consequência, pode ser livremente explorada pelo particular”. (OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 452.)

GRAU critica essa segregação do campo de atuação pública e privada, referindo que Estado e mercado não são manifestação que se anulam ou se excluem: “Insisto, neste ponto, em que a idéia de “intervenção” tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao “intervir”, o Estado entraria em campo que não é seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.)

<sup>58</sup> Embora o legislador tenha optado pela alteração da Constituição da República de 1967, a Emenda Constitucional nº 1/1969 foi verdadeira promulgação de nova Constituição.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 448.

<sup>60</sup> Tanto na redação original da Constituição da República de 1967, quanto na Ementa Constitucional nº 1/1969, as ordens econômica e social eram disciplinadas no mesmo Título III.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 449.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 451.

República, ao indicar finalidade e princípios à ordem econômica, estabelece como condição à livre iniciativa a obtenção de tais objetivos:

Existem limitações ínsitas no próprio desenho constitucional da livre iniciativa, que irão ser definidas na legislação ordinária. Já se viu, por exemplo, e que o art. 165 assegura aos cidadãos uma série de garantias que necessariamente implicam restrições ‘latu sensu’ à atividade econômica do particular. [...] Portanto, o primeiro conjunto de limitações do direito à livre iniciativa é aquele constituído pelo próprio contorno que é dado pelo sistema jurídico-constitucional. Em segundo lugar, existem outras limitações, que são condição para o exercício do direito à livre iniciativa. Trata-se das limitações impostas pelo próprio art. 160 do texto constitucional, na medida em que coloca como condição da livre iniciativa a obtenção de determinados objetivos, que são os já aludidos de expansão das oportunidades de emprego produtivo, de valorização do trabalho como condição de dignidade humana e de harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção. Assim, não basta que o particular exerça uma atividade econômica a ele permitida e não é suficiente tampouco que ao fazê-lo o particular cumpra todas as determinações de ordem geral impostas pelo próprio contorno do seu direito. Necessário ainda que tal atividade consiga ser suficientemente dinâmica para expandir a força produtiva e, mais do que isso, para valorizar o trabalho e propiciar harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção. Essas são limitações específicas do direito à livre iniciativa, enquanto as anteriores são de ordem geral, não têm por objeto limitar tal direito, mas só indiretamente o fazem.

Se com relação ao primeiro grupo de limitações já surgem dificuldades de interpretação, o que dizer do segundo, que propicia ao Estado uma área de discricionariedade realmente imensa. O controle dessa discricionariedade constitui um dos aspectos mais delicados do problema de definir o direito à livre iniciativa.<sup>63</sup>

Em que pese o texto ser escrito considerando a Emenda Constitucional nº 1/1969, essas conclusões são aplicáveis à Constituição da República de 1988, no sentido de que o art. 170 é o norte<sup>64</sup> interpretativo da ordem econômica – como afirmado anteriormente – e no sentido de que os fins e princípios indicados são limites à atuação privada, bem como estatal, que, para intervir, também encontra neles limite e até mesmo fundamento à sua atuação<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 451 - 452.

<sup>64</sup> FERRAZ conclui que “Nossa economia é sobretudo privada, livre, concorrencial, nacional e comprometida com expressos e elencados princípios.” (FERRAZ, Sérgio. Intervenção do Estado no Domínio Econômico Geral: Anotações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 329.)

<sup>65</sup> “Cabe ao Estado assegurar que a ordem econômica brasileira desenvolva-se dentro dos quadrantes traçados pelo texto constitucional, tendo a livre iniciativa como seu fundamento e a viabilização dos demais valores como seus fins.”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 406); “Os objetivos, fundamentos e limites do

MARQUES NETO refere que a atuação estatal na esfera econômica foi marcada pela intervenção direta<sup>66</sup> – produção de infraestrutura, bens e serviços pelo Estado – passando, com o tempo, a ganhar espaço a intervenção indireta – fomento, regulamentação, monitoramento, mediação, fiscalização e planejamento -, que são “atuações estatais que fortemente influenciam (por indução ou coerção) a ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia – sem, contudo, que o Estado assuma ele própria a execução dessas atividades”<sup>67</sup>. O autor destaca que essa mudança implica uma alteração qualitativa na forma de intervenção estatal, e não necessariamente uma alteração quantitativa<sup>68</sup>.

A intervenção estatal na ordem econômica, segundo BANDEIRA DE MELLO<sup>69</sup> e também MELLO<sup>70</sup>, pode ocorrer de três formas: a primeira é mediante a atuação direta do Estado na prestação de serviços ou produção de bens<sup>71</sup>; a segunda,

---

fomento estatal podem ser extraídos do próprio art. 170 da CF/1988, de forma equivalente ao que ocorre com os demais mecanismos de intervenção estatal na economia”. (op. cit. p. 408). “Intervenções na ordem econômica, sejam legislativas, judiciais ou administrativas, devem pautar-se pela agenda constitucional, enquanto programa do Estado, como afirmação dos respectivos valores positivados”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1798)

<sup>66</sup> Também FARIA classifica a intervenção econômica em direta e indireta. Vide FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 107.

<sup>67</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 407.

<sup>68</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 407

<sup>69</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 802; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Estado e a Ordem Econômica. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 271.

<sup>70</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, p. 2, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>71</sup> A exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente é admitida pelo art. 173 da CRFB/1988 quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, sendo que as empresas públicas e sociedades de economia mista criadas para esse fim estarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas – inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários -, razão pela qual também não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, conforme o mesmo art. 173, §1º, inciso II, e §2º. Por essa razão, FARIA observa que “O fato de o Estado ou de municipalidade possuírem e operarem algum tipo de instalação industrial não altera as características essenciais da economia de mercado. Essas empresas públicas estão sujeitas à soberania do mercado. Têm de se ajustar – como compradoras de matérias-primas, equipamentos e mão-de-obra à mecânica da economia de mercado. Estão sujeitas às

através de edição de normas jurídicas, disciplinando ou limitando a atuação dos particulares; e a terceira, via o fomento. Em linha semelhante, MIRAGEM refere como modos de intervenção: “a) a intervenção por absorção ou participação; b) a intervenção por direção; ou c) a intervenção por indução”<sup>72</sup>.

Como antes mencionado, a Constituição da República, em seu art. 174, em relação à ordem econômica, estabelece que o Estado, além das funções de fiscalização e planejamento, também exercerá a função de incentivo<sup>73</sup>, sendo denominada de fomento a atividade administrativa realizada com tal objetivo. Nesse ponto, importante examinarem-se algumas definições de incentivo e de fomento.

O incentivo é função a ser implementada pelos Poderes Legislativo e Executivo e, de acordo com CAMARGO, visa à harmonização da livre iniciativa com os projetos de interesse comum, mediante estipulação de consequência favorável para aquele que atender aos pressupostos da norma, ou seja, é:

[...] uma consequência favorável. É um prêmio por preencher os pressupostos normativos. Ideia de um direito premial, que procura equilibrar o mister constitucional de preservação da liberdade de iniciativa econômica e engajar o particular em projetos de interesse comum.<sup>74</sup>

FIGUEIREDO complementa, afirmando que o incentivo dá condições positivas para o desenvolvimento da atividade econômica:

[...] incentivar é criar estímulos favoráveis ao processo da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento, é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica, dentro do que dispõe e prevê a legislação aplicável, consubstanciando-se, sobretudo, nos princípios que orientam a ordem econômica, notadamente a liberdade de iniciativa e livre-concorrência.<sup>75</sup>

---

leis do mercado e, portanto, dependem dos consumidores que lhes podem dar ou negar preferência. Precisam empenhar-se para obter lucros, ou, pelo menos, evitar prejuízos.” (FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 57-58.)

<sup>72</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

<sup>73</sup> CARVALHOSA, ao referir dispositivo semelhante da constituição anterior, aponta que tal norma denota também o viés de instrumentalidade da liberdade de iniciativa, considerando que “o Estado, ao constitucionalmente propor-se a estimular e a apoiar a iniciativa privada, visa à consecução dos fins de justiça social e de desenvolvimento nacional que pretende alcançar através dela”. (CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 9.)

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 133.

<sup>75</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 141

Conforme JUSTEN FILHO destaca, no incentivo há o estabelecimento de benefícios para a adoção de condutas tidas como desejáveis pelo Estado, qualificando tais condutas, que antes estavam em certo nível de neutralidade, tendo em vista que não são obrigatórias, nem proibidas:

O incentivo consiste na instituição de benefícios diferenciados para a adoção de condutas ativas ou omissivas reputadas como desejáveis. Preserva-se a autonomia de escolha dos sujeitos entre diversas alternativas. O Estado agrega uma vantagem à prática das condutas qualificadas como satisfatórias. Logo, o sujeito é induzido a adotar uma conduta dentre as possíveis, na medida em que isso lhe assegurará uma vantagem. Portanto, a conduta desejada não é qualificada como obrigatória; a conduta indesejável não é definida como proibida. Mas o sujeito apenas obterá um benefício se escolher praticar uma certa conduta juridicamente definida.<sup>76</sup>

Já o fomento seria a atividade administrativa realizada com o objetivo de incentivar. MELLO define o fomento como:

[...] atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público.<sup>77</sup>

Nessa mesma linha, para MOREIRA NETO, fomento público é:

[...] função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para desempenharem atividades que a lei haja destacado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso para a sociedade.<sup>78</sup>

JUSTEN FILHO define fomento como atividade administrativa de intervenção:

[...] no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 691

<sup>77</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, p. 4, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 585

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 721-722.

MARQUES NETO também refere o fomento como mecanismo de intervenção estatal – o mais brando – conforme segue:

O fomento é, assim, um mecanismo de *intervenção estatal indireta*, que vem sendo amplamente utilizado pelo Poder Público para conduzir e estimular agentes privados para executar atividades econômicas que ensejam a produção de benefícios sociais. Mais do que isso, o fomento constitui a forma mais branda de intervenção estatal, na medida em que, além de indireta, cuida de uma intervenção por incentivo ou indução, sem envolver o manejo de autoridade.<sup>80</sup>

MARQUES NETO complementa afirmando que o fomento em si, assim como as formas de intervenção estatal no domínio econômico, também pode ser classificado em direto ou indireto<sup>81</sup>. No primeiro caso, o fomento é realizado por meio da concessão de benefícios diretamente ao agente econômico para que execute a conduta desejada e o indireto, mediante a colocação de ônus na execução da conduta indesejada<sup>82</sup>.

Tratando da matéria, SILVA define incentivo sem o distinguir do fomento, tratando-os como sinônimos:

*Incentivo*, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, traz a idéia do Estado promotor da economia. É o velho fomento, conhecido dos nossos ancestrais, que consiste em *proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar*, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. A própria Constituição já determinou apoio, estímulo e favorecimento a atividades específicas: o cooperativismo e o associativismo, as microempresas, nos termos dos arts. 174, §§3º e 4º, e 179.<sup>83</sup>

Dessas definições, sobressai no fomento (e no incentivo, função que lhe dá origem) a sua característica de ser “voltado ao engajamento da iniciativa privada na política econômica pública, mediante o oferecimento de prêmios, ao invés de coagir,

<sup>80</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 408.

<sup>81</sup> Também POZAS utiliza essa classificação. Vide POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 48, p. 51, 1949, Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>82</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 416-417.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 808.

preservando-se a essência da liberdade de iniciativa”<sup>84</sup>. Aliás, tal característica o distingue das demais formas de intervenção.

A principal especificidade do fomento em relação a outras formas de intervenção está na *estrutura da atuação estatal* adotada na busca de tais objetivos: no fomento, o Estado não atua diretamente na economia e nem se utiliza de meios coercitivos. O Estado usa mecanismos de estímulos e desestímulos para incentivar a realização de uma conduta desejada – conduta essa que, espera-se, irá contribuir para a realização dos objetivos arrolados no art. 170 da CF/1988, entre outros – porque aqueles que queiram, voluntariamente, executá-la. A partir desse incentivo ou desincentivo estatal, gera-se um benefício que estimula o agente econômico a executar a conduta visada pelo Poder Público. Dessa forma, a satisfação de fins de interesse público (objetivo comum às diferentes formas de fomento) será buscada por meio de intervenção estatal mínima na propriedade e na liberdade, e dependerá do consenso do agente do fomento<sup>85</sup>.

[...]

Isso pode gerar *maior eficiência na atuação estatal*, uma vez que, empregando menos esforços e recursos públicos, ainda assim assegurará o alcance de necessidades de fins sociais. Além disso, haverá um *aproveitamento dos recursos e da expertise do setor privado*, que será ele próprio o executor dos interesses públicos, a partir do incentivo estatal<sup>86</sup>.

ORTIZ, em uma tentativa de consolidar as diversas definições de fomento, destaca as seguintes *notas* comuns a todas elas: se trata de atividade administrativa – a título de intervenção econômica -; sem utilizar coação ou criar serviços públicos – aspecto negativo -; em que o Estado oferece uma vantagem, ampliativa a esfera de direito do particular – aspecto positivo -; e se caracteriza pela finalidade de convencer o particular à realizar atividade de interesse geral<sup>87</sup>.

MARQUES NETO, ao mesmo tempo em que reconhece e indica a consensualidade como característica do fomento, afirma que “O objeto do fomento não é coercitivo, uma vez que a atividade fomentada é de livre-iniciativa para os eventuais interessados, bem como a opção pelo fomento é, também, uma faculdade para os agentes econômicos”<sup>88</sup>, e, ainda, a respeito dos seus instrumentos jurídicos, em que

<sup>84</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 181.

<sup>85</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 409.

<sup>86</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 412.

<sup>87</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. p. 288-289.

<sup>88</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito*

reconhece que “Em vez de sancionar a conduta que se quer reprimir, premia-se a conduta que ser que ver efetivamente executada”<sup>89</sup>; ressalva que a consensualidade não é exclusiva do fomento, podendo estar presente em outras intervenções<sup>90</sup>, e que:

Uma, a consensualidade na adesão ao fomento estará presente ao menos em seu aspecto *formal*. Materialmente, contudo, a sujeição ao fomento pode ser (e muitas vezes o é) essencial para a viabilização de determinada atividade, sendo que apenas com a aceitação dos incentivos estatais (e sujeição às regras do fomento) uma determinada atividade será viável. [...]

Duas, medidas coercitivas também podem ser impostas como forma de promover ou desestimular condutas. Esse é o exemplo comum da extrafiscalidade. [...]

Três, a característica da consensualidade refere-se à opção conferida ao agente econômico na execução de conduta e adesão ao fomento, e não ao Poder Público em executar ou não determinada ação de fomento. Destarte, não há de se afastar o enquadramento da atividade de fomento estatal por inexistir discricionariedade *para o Poder Público*<sup>91</sup> em razão da existência de normas que compelem a Administração a implementar um instrumento de fomento.<sup>92</sup>

Ainda a respeito da consensualidade e da contrapartida pelo fomento, MARQUES NETO<sup>93</sup> refere que as obrigações impostas como contrapartida à concessão do fomento visam a garantir sua efetividade e, conseqüentemente, a adequação na utilização dos recursos públicos (orçamentários ou não), sendo que a sua exigência não afasta a consensualidade, inclusive porque impostos após a adesão do particular; a propósito, a contrapartida não se confunde com os requisitos para a concessão do

*Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 421.

<sup>89</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 421.

<sup>90</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 420.

<sup>91</sup> Para exemplificar essa terceira ressalva, o autor utiliza os benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte relativamente às compras públicas, ressaltando que, para o Poder Público, não há opção pela sua concessão ou não, mas, em relação aos particulares, inexistente qualquer obrigação de participação desse instrumento de fomento e aceitação do benefício concedido. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 423.)

<sup>92</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 422.

<sup>93</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 461-462.

fomento, ainda que ambas devam estar relacionadas com seu objetivo; e, ainda, a sua existência não transforma a relação de fomento em sinalagmática<sup>94</sup>, pois não há necessidade de correlação direta entre o benefício e a contrapartida que será satisfeita, ainda que ambas estejam relacionadas aos objetivos do fomento<sup>95</sup>.

E mais, o autor alerta sobre a necessidade de cautela na definição das consequências pelo inadimplemento da contrapartida, de forma que atendam ao objetivo de assegurar a adequada utilização dos recursos públicos, mediante o alcance das finalidades almejadas, mas que não desincentive a iniciativa privada a aderir ao fomento, razão pela qual é necessário o exame da proporcionalidade da medida, pois “insuficiências ou exageros das consequências podem levar, em qualquer caso, à inefetividade do fomento”<sup>96</sup>.

Nessa mesma linha, MELLO reforça o aspecto relativo à liberdade do particular na adesão à política pública, mas que, uma vez assumida a obrigação frente à Administração, essa deve ser cumprida, podendo ser utilizada a coação para garantir a sua execução, tendo em vista o caráter instrumental do fomento, que visa à satisfação de um interesse público subjacente:

Os particulares são livres para decidir se vão ou não assumir a tarefa desejada pelo Estado: se aceitarem desempenhá-la, serão beneficiados pela medida de fomento oferecida pela Administração Pública; se não aceitarem, nenhuma sanção lhes será imposta, eis que não terão agido ilicitamente. Isso porque através do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas estimula sua ação. [...] Por essa razão a doutrina afasta da atividade de fomento qualquer sinal de coação.

Mas aqui cabe um alerta: se o particular, em troca de um benefício, assume a obrigação de exercer a atividade desejada pela Administração Pública, sofrerá ele as consequências eventualmente previstas para o caso de inadimplemento de tal obrigação, que poderão ser impostas com recurso à coação. Dito de outro modo: o particular é livre para aceitar ou não o papel que lhe oferece o Estado; aceitando, contudo, ele cria um vínculo com a Administração, cujo rompimento pode sujeitá-lo às sanções cabíveis.

[...]

---

<sup>94</sup> Vale referir que, ao utilizar o contrato administrativo como instrumento de fomento, a relação estabelecida para o atendimento da necessidade direta da administração – execução da obra, prestação do serviço e o fornecimento do bem – é sinalagmática; contudo, a relação de fomento subjacente, não.

<sup>95</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 461-462.

<sup>96</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 463.

Outro ponto do conceito merece ainda destaque, mesmo que óbvio: a medida de fomento é instrumental, prestando-se à satisfação de um interesse público.<sup>97</sup>

Referindo-se às funções de apoio e estímulo, previstas no art. 170 da Constituição de 1969, CARVALHOSA faz observação semelhante e que permanece atual, afirmando que haveria a conjugação da liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica, com a instrumentalidade desse mesmo direito, quando o Estado se propõe constitucionalmente a estimular e apoiar a iniciativa privada, visando à consecução dos fins de justiça social e de desenvolvimento nacional que pretende alcançar através dela<sup>98</sup>.

Outra questão importante relativa ao fomento é a sua relação com o princípio da isonomia. MARQUES NETO reforça que, no fomento, a atividade privada é utilizada para a satisfação, ainda que indireta, de uma necessidade pública, razão pela qual o seu privilegiamento não deveria causar perplexidade:

O fomento serve, então, à satisfação indireta de necessidades públicas por meio do exercício de atividades econômicas pelo setor privado. Nenhuma surpresa, portanto, deve haver na verificação de que a atuação estatal de fomento privilegie algum privado ou que da medida fomentadora resulta a conferência de uma facilidade ou de um favorecimento ao desenvolvimento de atividade a cargo de um particular. Se tal atividade corresponder a um benefício público dimensionável e compatível com objetivos legítimos a serem perseguidos pelo Poder Público, será lícita e legítima a ação de fomento, ainda que dirigida apenas a algum privado.<sup>99</sup>

A respeito da atividade de fomento e o princípio da isonomia, MELLO alerta que, talvez em razão da sua ausência de coação, o fomento tem recebido atenção reduzida em relação às demais formas de intervenção, em especial no tocante aos seus limites, mas que dele podem advir consequências negativas em razão do seu caráter discriminatório:

É possível especular que a atividade de fomento não desperte maiores atenções por conta da carga positiva que a acompanha, eis que é fonte de incentivos e benefícios, jamais de limitações e sanções. Tal marca da

---

<sup>97</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015. p. 5.

<sup>98</sup> CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 9.

<sup>99</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 420.

atividade de fomento pode afastar preocupações acerca dos limites jurídicos para seu exercício pela Administração Pública, como se dele não pudesse advir consequências negativas para a coletividade ou para indivíduos determinados. Não é assim, contudo: certos incentivos podem beneficiar alguns em detrimento da sociedade ou de particulares não contemplados pela medida de fomento, sendo juridicamente relevante analisar se o tratamento discriminatório é ou não justificado no caso concreto.<sup>100</sup>

Mais adiante, o autor refere que, para que determinado tratamento desigual seja compatível com o princípio da isonomia, é preciso que ele “i) seja uma decorrência lógica do fator de diferenciação escolhido e ii) promova valores protegidos pelo texto constitucional”<sup>101</sup>. Nessa mesma linha, ÁVILA ensina que:

[...] a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam a utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle.<sup>102</sup>

A partir disso, MELLO faz outro alerta, a respeito da necessidade de critérios racionais justificadores do tratamento diferenciado:

O maior risco à isonomia é que os benefícios e privilégios sejam distribuídos sem qualquer critério racional que justifique o tratamento diferenciado. Em tal situação, os particulares beneficiados são escolhidos não porque se distingam dos demais pela sua atuação numa atividade cuja promoção é do interesse coletivo, tal como definido em lei, mas sim porque têm meios de exercer maior pressão política ou mesmo pelo simples compadrio.

[...]

Pode acontecer também de o tratamento discriminatório em que consiste a medida de fomento ser outorgado com base em critérios lógicos, com fundamento num efetivo traço diferenciado dos particulares beneficiados, mas ainda assim com ofensa ao princípio da isonomia, em razão da promoção de valores incompatíveis com o texto constitucional.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015. p. 1.

<sup>101</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015. p. 13.

<sup>102</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 172.

<sup>103</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015. p. 15.

Além disso, MELLO<sup>104</sup> lembra que a atividade estatal de fomento é submetida ao regime jurídico administrativo, dentro do qual estão os princípios arrolados no art. 37 da Constituição da República – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -, bem como aos da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, devido processo legal etc.

Além desses princípios, a doutrina também refere a submissão de todas as atividades interventivas do Estado – inclusive o fomento – ao princípio da subsidiariedade, aplicável tanto na distribuição das atribuições entre os entes da Federação<sup>105</sup> (em uma ideia de descentralização), quanto na limitação da intervenção estatal, sempre visando a preservação da autonomia da pessoa humana e os respeito as liberdades dos indivíduos e dos grupos sociais.<sup>106</sup> BARACHO, a respeito do tema, conclui que “através de sua aplicação, todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades”<sup>107</sup>. Da mesma forma ensinam CASSAGNE<sup>108</sup> e MARQUES NETO, sendo que esse último relaciona a subsidiariedade como limite horizontal, no sentido de abrangência da

---

<sup>104</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015. p. 8-9.

<sup>105</sup> “A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendência autoritária, opõe-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 115.)

<sup>106</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 120.

<sup>107</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 125.

<sup>108</sup> “La utilización de la técnica de fomento, enunciada como tal a partir del siglo XVIII, implica lá aplicación adecuada del principio de la subsidiariedade, em cuanto el Estado, frente a uma situación de insuficiencia de la iniciativa particular o cuerpos intermédios, estimula la realización de las actividades faltantes, em lugar de realizarlas por su própria conta.” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. v. 2. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 476.)

atuação estatal, que deve ser complementada pela proporcionalidade, como limite vertical, no sentido de intensidade da intervenção<sup>109</sup>.

Ao tratar do fomento, também PINGRET refere que essa função do Estado “constitui a engrenagem de um dos mais eficientes instrumentos do capitalismo moderno: a concertação”<sup>110</sup>, tendo em vista “enquadrar a iniciativa econômica privada no contexto da política econômica estatal sem nulificar o livre exercício da atividade particular como direito fundamental”<sup>111</sup>, mas ressalva algumas limitações, pois “a função de fomento, constitucionalmente prevista, somente se mostra legítima quando inserida no contexto de uma política de caráter geral”, do contrário o “que se verifica é uma distorção que deve ser combatida, decorrente de uma concepção segundo a qual o Poder Público só é legítimo na medida em que se apresenta como um servo do poder econômico privado, convertendo os incentivos em pura expressão de corporativismo empresarial”<sup>112</sup>.

Ainda a respeito da isonomia e da impessoalidade, MARQUES NETO, como já citado anteriormente, destaca que o tratamento diferenciado é inerente às políticas públicas, pois visam a dar efetividade ao aspecto material da isonomia, razão pela qual a “formulação de políticas públicas importa, então, em necessariamente conferir tratamento não uniforme, pois só assim se logra reduzir desigualdades e consagrar metas de justiça social”<sup>113</sup>.

Seguindo nessa linha, MARQUES NETO refere a necessidade de compatibilidade do fomento com a política pública na qual ele se insere, ou seja, “a

<sup>109</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 470 - 474.

<sup>110</sup> Segundo o Novo dicionário de direito econômico, da Fundação Brasileira de Direito Econômico, concertação é “nome que se dá aos procedimentos voltados à combinação de esforços do poder econômico público e do poder econômico privado para a concreção de políticas públicas”. (In: NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 119)

<sup>111</sup> PINGRET, Clóvis Sá Britto. O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das micro-empresas. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 57.

<sup>112</sup> PINGRET, Clóvis Sá Britto. O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das micro-empresas. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 54-55.

<sup>113</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 474.

escolha do fomento estatal como meio (exclusivo ou em conjunto com outras formas) para implementar um determinado fim social deve ser compatível com a política pública formulada para a implementação de tal fim”<sup>114</sup>. De forma semelhante, AUGUSTO alerta que o incentivo:

[...] se destaca pelo fato da não-restrição absoluta da liberdade de iniciativa e da ausência de coação em muitas circunstâncias, mas da indução do agente a um comportamento mais vantajoso, que o desvia de objetivos egoísticos, comodistas, costumeiros ou pragmáticos. São estas normas que possibilitam a transformação da realidade econômica dos processos menos violentos, que levam à conciliação dos interesses empresariais com os nacionais. Todavia, as induções de vontade empresarial, por meio das medidas de estímulos ou incentivos, devem ser analisadas em relação ao todo sócio-econômico, para que se transformem em instrumento de agravamento de desigualdades regionais e setoriais, e das distâncias sociais entre as classes participantes do processo produtivo.<sup>115</sup>

Nesse ponto, necessário compreender no que consiste política pública, mais especificamente, no que consiste política econômica. Para CAMARGO, “Política econômica é o conjunto de medidas postas em prática com objetivos econômicos”<sup>116</sup>, que pode-se evidenciar tanto pela ação quanto pela omissão, havendo uma “indissociabilidade entre as medidas de política econômica e os atos jurídicos que as veiculam”:

[...] uma vez que ela sempre será corporificada, sempre será trazida ao mundo, mediante um ato apto a criar, conservar, modificar ou extinguir situações jurídicas. Tenha-se bem presente que a noção de ato jurídico que se adota aqui tem amplitude maior do que a encontrada nos textos de Direito Civil, porquanto se volta a toda e qualquer manifestação de vontade apta a produzir efeitos na ordem jurídica, abrangendo, assim, a lei, a sentença, o ato administrativo, além dos negócios tipicamente particulares.<sup>117</sup>

Definindo política econômica<sup>118</sup>, CLARK refere que são:

<sup>114</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 432-433.

<sup>115</sup> AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos: Instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 219.

<sup>116</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 22.

<sup>117</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 23.

<sup>118</sup> O autor nessa mesma passagem destaca que políticas econômicas podem ser desenvolvidas pela iniciativa privada, mas o conceito que se traz é relativo à política econômica desenvolvida pelo poder público.

[...] ações coordenadas, ditadas por normas jurídicas, onde os órgãos públicos atuam na vida econômica presente e futura, e automaticamente nas relações sociais, em busca, hipoteticamente, da efetivação dos comandos da Constituição Econômica. Em síntese, política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com um menor esforço, diante de um quadro de carência de meios.<sup>119</sup>

AUGUSTO sustenta que a política econômica teria como finalidade imediata, nos países subdesenvolvidos, alcançar a autossuficiência e os padrões socioeconômicos das economias desenvolvidas, e estas, tendo atingido certo grau de desenvolvimento, os objetivos visam à “conservação do *status*, contínua acumulação de riquezas e, muito frequentemente, da preservação do poder econômico, que exerçam em relação aos países subdesenvolvidos”<sup>120</sup>.

E refere, ainda, um direito econômico do desenvolvimento, que conceitua como “o conjunto de normas destinadas a incentivar, controlar, dirigir, acelerar, desacelerar, integrar, harmonizar e coordenar o desenvolvimento econômico”<sup>121</sup>. A autora esclarece que a expressão *direito econômico do desenvolvimento* foi retirada do dicionário de direito econômico da Fundação Brasileira de Direito Econômico, no qual, em sua edição de 2010, encontramos a seguinte definição:

O Direito Econômico do desenvolvimento exprime-se pelo conjunto de leis destinadas a incentivar o desenvolvimento econômico em um país e a modelar a Ordem Jurídica vigente em cases de um dinamismo capaz de corresponder à própria dinâmica da ordem econômica desenvolvimentista.<sup>122</sup>

A propósito, vale ressaltar que a função de fomento econômico está submetida às regras de Direito Econômico, dentre as quais destacamos a regra do equilíbrio<sup>123</sup>, que exige uma ponderação entre os interesses sociais e individuais contrapostos diante da

<sup>119</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008. p. 68.

<sup>120</sup> AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos: Instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 212.

<sup>121</sup> AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos: Instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 213.

<sup>122</sup> NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 164.

<sup>123</sup> “Para toda relação de Direito Econômico há sempre um ‘ponto de equilíbrio’, ou ‘zona de equilíbrio’, que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada.” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora LTr. 2005. p. 123)

política econômica adotada; a regra da recompensa<sup>124</sup>, que está ligada ao princípio da economicidade e à relação custo-benefício; e a regra da utilidade pública, que deve ser predominante na motivação das relações entre o Estado e os particulares.

Ao tratar sobre as teorias do contrato e Direito Econômico, SOUZA refere que se há de considerar em um relacionamento contratual a concomitância dos interesses das partes contratantes e das conotações sociais que lhes são intrínsecas<sup>125</sup> e que a previsão constitucional do desenvolvimento econômico<sup>126</sup> o coloca como “um dos elementos que definirão as grandes linhas da política econômica e que legitimarão estímulos e decisões das partes contratantes”<sup>127</sup>, e que:

O sentido único de *repressão* ou de *limitação* à liberdade contratual, predominantes nos modelos e nas concepções jurídicas do liberalismo puro, quando afirmavam a liberdade e, em contraposição, punham a lei a limitá-la, foi substituído modernamente pelo instituto de levar o indivíduo a entrosar-se na vida social e a livremente decidir-se pela participação nos planos e nas iniciativas de interesse coletivo, na política econômica do desenvolvimento, enfim, que o Estado leva a efeito.<sup>128</sup>

SOUZA conclui que “transportado estes elementos para o campo do Direito Econômico, chegamos, então, à legislação ordinária, que traduz as medidas de *política econômica* postas em prática”.<sup>129</sup> E, ainda, refere que, entre as contribuições do Direito Econômico para o tema, está colocar os contratos “como meio pelo qual as partes contratantes participam direta ou indiretamente da ‘política econômica’ posta em prática pelo Estado”<sup>130</sup>, além de apresentar o princípio da economicidade como razão e fundamento de medidas jurídicas objetivas em busca de maior vantagem, essa

<sup>124</sup> “À toda ação econômica deve corresponder um proveito que coincida com os sacrifícios e dispêndios efetuados pelo sujeito da ação e, ao mesmo tempo, com o interesse geral dela decorrente.” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora LTr. 2005. p. 124)

<sup>125</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun. de 2011. p. 1355.

<sup>126</sup> O texto do autor foi escrito considerando a Constituição da República de 1967, emenda de 1969. Na Constituição de 1988, o art. 3º refere o “desenvolvimento nacional”, mas a expressão específica “desenvolvimento econômico” aparece no art. 43, §1º, inciso II, no art. 180 e no art. 239, §1º.

<sup>127</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1357.

<sup>128</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1357.

<sup>129</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1363.

<sup>130</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1367.

identificada aos dados e aos princípios da ideologia adotada, que é fator predominante do entendimento e da validade das normas<sup>131</sup>.

Diversos são os mecanismos ou instrumentos do fomento, de forma que não se pode arrolar de forma exaustiva, inclusive porque “Em muitos casos, o fomento se configura pelo uso indireto de um instituto concebido para outro fim”<sup>132</sup>. Exemplo clássico é a parafiscalidade de tributos, mas também se enquadra a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio da contratação pública, tema de interesse deste estudo.

Em uma tentativa de classificação, alguns autores dividem os instrumentos de fomento em financeiros ou não financeiros<sup>133</sup>, ou ainda, em honoríficos, econômicos e jurídicos<sup>134</sup>. Os meios honoríficos são distinções, certificações, selos etc. em reconhecimento pela boa conduta, os meios econômicos são prêmios financeiros (orçamentários ou não) concedidos pela adoção da conduta desejada e os meios jurídicos são relativos ao tratamento jurídico diferenciado e beneficiário. A escolha entre eles, segundo POZAS, não é uma questão puramente de técnica jurídica, estando ligada à uma psicologia coletiva, que varia de acordo com o tempo, as circunstâncias e os agentes<sup>135</sup>.

Todavia, para ilustrar se podem referir os seguintes instrumentos<sup>136</sup>: transferência direta de recursos públicos; financiamento em condições mais favoráveis, que engloba qualquer espécie de facilitação estatal para o financiamento, inclusive juros

<sup>131</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1355.

<sup>132</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 726.

<sup>133</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 435.

<sup>134</sup> POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 48, 1949. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>. Acesso em 25 out. 2015. p. 52; ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. p. 290; e ALCÁZAR, Mariano Baena Del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 57, p. 69-80, 1968. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>135</sup> POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 48, 1949, p. 50. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>136</sup> Sobre o tema vide MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437-461.

subsidiados ou garantias públicas; desoneração tributária; disponibilização de bens públicos; apoio institucional e capacitação; simplificação de procedimentos administrativos; uso de títulos, selos e certificações oficiais; e privilégios nas contratações administrativas.

A propósito das contratações administrativas e a sua relação com o fomento, cumpre observar que não serão examinados os chamados contratos econômicos<sup>137</sup> ou contratos de fomento<sup>138</sup>, que são ajustes celebrados entre o Poder Público e o particular com o objetivo específico de implantação de uma política pública de fomento, em que o Estado concede certas vantagens em contrapartida de adoção de determinadas condutas do particular em sua atividade privada. Nesses contratos, a contrapartida do particular não visa a satisfação de uma necessidade direta da Administração, que almeja exatamente os efeitos indiretos decorrente da atividade, como, por exemplo, quando o Poder Público concede o uso de uma área (vantagem) para a instalação de determinada indústria (contrapartida) com o objetivo de aumentar a geração de emprego e renda na localidade (política pública atendida).

O objeto do presente estudo são os contratos administrativos definidos pela Lei n.º 8.666/1993 e regulados pelo seu regime jurídico<sup>139</sup>, ou seja, aqueles celebrados entre a Administração e particulares para a execução de obra, prestação de serviços, fornecimento de bens ou de alienações. Em relação a esses contratos, a Administração tem um interesse direto a ser satisfeito por meio da sua execução, sendo que o fomento concretizado por seu intermédio, em certa medida, é efeito colateral: desejado, mas não essencial para a sua realização.

---

<sup>137</sup> Os contratos econômicos substituem a forma impositiva e unilateral de atuação do Estado por outra contratual, de forma que a decisão pública passa “pela mediação do seu destinatário”, de forma que “o particular tem assim não só acesso ao processo de produção e aplicação das normas, como também se atribui à sua vontade caráter constitutivo da ação administrativa, reduzindo-se as zonas de fricção entre as autoridades administrativas e os particulares, eliminando a resistência da parte destes e acelerando a integração político-social de certas zonas muito importantes da vida econômica e social que os parlamentos têm dificuldade em representar fielmente.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2003. p. 56). Mais adiante, o mesmo autor, refere que o contrato econômico é a solução para as exigências constitucionais em relação ao Estado e a estrutura liberal da ordem econômica, representando o “ponto de encontro entre elas, a sua mútua adequação, sem qualquer renúncia de parte a parte.” (op. cit., p. 532).

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Internacional de Contratos Públicos*. Salvador: n. 1, p. 1, fev. 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ijpc>. Acesso em: 23 out. 2013.

<sup>139</sup> Portanto, também não serão examinados os demais negócios jurídicos da Administração, ainda que de natureza contratual, como de concessão de serviço público, de parceria público-privado, de consórcio etc.

## 1.2 Busca da proposta mais vantajosa: Fomento econômico e a legislação de Direito Administrativo Contratual

De acordo com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a chamada Lei de Licitações, que institui normas gerais para licitações e contratos administrativos, os objetivos da licitação são três: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento nacional sustentável (incluído pela Lei nº 12.349/2010). A isonomia não é apenas uma finalidade da licitação, mas também o seu próprio fundamento, o que não impede o estabelecimento de determinados tratamentos diferenciados. Nesse sentido, MAFFINI afirma que:

O processo licitatório, como já referido, tem subjacente, em seu cerne, a noção de isonomia. Aliás, não seria exagero afirmar que a licitação é, *per se*, uma decorrência da isonomia, da igualdade e da impessoalidade. Todavia, embora a licitação seja pautada por tal ordem de princípios, mostra-se viável que haja tratamento diferenciado e privilegiado em favor de potenciais contratados do Poder Público, sempre que isso for determinado por normas jurídico-constitucionais de elevada dimensão principiológica, colocadas, pois, em posição de ponderação com a isonomia.<sup>140</sup>

Assim, a isonomia não seria óbice ao tratamento diferenciado nas licitações e contratos administrativos, desde que o critério diferenciador estiver adequado aos fins a serem alcançados. Além disso, a licitação está calcada nos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), além dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CR).

Tratando do princípio da impessoalidade, MIRAGEM faz interessante observação, o relacionando com o princípio do julgamento objetivo e o da eficiência:

Note-se que a adoção de critérios objetivos e constitucionalmente adequados para conformação da ação administrativa e de seus resultados afina-se aos princípios da impessoalidade e da eficiência, tendo em vista um duplo resultado: impedir discriminações antijurídicas e promover a otimização dos recursos disponíveis à consecução das finalidades públicas.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 155.

<sup>141</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 342.

Para atingir tais objetivos, observando os seus princípios norteadores, a Lei de Licitações estabeleceu normas relativas ao planejamento das contratações, os procedimentos a serem observados para a seleção da proposta mais vantajosa e a do futuro contratado e, inclusive, delimitou os critérios de julgamento de possível utilização, sendo o menor preço o mais usual.<sup>142</sup>

Vale ressaltar que, embora a busca da proposta mais vantajosa esteja prevista como objetivo da *licitação*, esse é um dever em qualquer contratação pública, não apenas naquelas decorrentes de um certame, uma vez que decorre do princípio da eficiência, inserido na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, dentro da chamada Reforma do Estado. DI PIETRO<sup>143</sup> ressalta que a reforma do estado significa inclusive melhorar, além da sua organização e do seu pessoal, as suas *instituições*, para que tenham “uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil”, no que se inclui o regime das contratações públicas.

Nessa linha, ao tratar da eficiência, MIRAGEM afirma que esse princípio implica o dever de “coordenar os esforços relativos aos custos financeiros da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins de forma mais satisfatória possível”<sup>144</sup>. E mais, afirma o autor que:

[...] a eficiência da Administração Pública, pois, diz respeito ao melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público, o que coloca em relevo seu aspecto instrumental, como resultado de um processo contínuo de redefinição das relações entre o Estado e a Sociedade e, com isso, a adoção, pelo direito administrativo, de valores e mecanismos contemporâneos a esta nova realidade.<sup>145</sup>

MACHADO afirma que a “*Eficiência* é a capacidade constante de rendimento e de resposta às próprias funções e próprios fins”, e, ainda, que é “*eficiente*, a ação ou produção com um mínimo de desperdício, dispêndio ou esforço necessário.”<sup>146</sup> ARAGÃO também relaciona a eficiência ao “exercício das missões de interesse

---

<sup>142</sup> Os demais são técnica e preço e melhor técnica, destinados aos serviços eminentemente intelectuais; e maior lance ou oferta, para os contratos de receita para a Administração, conforme art. 46 da Lei nº 8.666/1993.

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84

<sup>144</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

<sup>145</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

<sup>146</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 322.

coletivo”, razão pela qual o Estado “deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”<sup>147</sup>. Essa relação entre eficiência e menor ônus – financeiro ou a liberdades particulares, é criticada por MIRAGEM, que entende que tais noções estão relacionadas à economicidade e à proporcionalidade, conforme segue:

A determinação do conceito de eficiência na Administração Pública, em primeiro lugar, não se vincula à obtenção de menores custos financeiros. Não há identidade entre menor custo financeiro e maior eficiência. Da mesma forma, não se pode medir eficiência pelo grau maior ou menor de intervenção estatal em dada liberdade do particular. No primeiro caso, é de economia que se trata. No último caso, não é de eficiência, mas de proporcionalidade que se está a dispor, daí não ser favorável, a qualquer título, confundirem-se os conceitos.<sup>148</sup>

Sobre o tema, MODESTO reforça o argumento de que a eficiência não se confunde com a economicidade no uso dos recursos públicos, no sentido de uma relação quantitativa positiva entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, ou, ainda, confundida com eficácia, no sentido de “aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos”<sup>149</sup>, ainda que pressuponha esses conceitos para que se tenha eficiência. Para o autor, a eficiência é a conjugação desses elementos, que refere como dimensões: a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública<sup>150</sup>. Para simplificar, MODESTO refere que a atuação eficiente envolve ação idônea (eficaz), ação econômica (otimizada) e ação satisfatória (dotada de qualidade)<sup>151</sup>.

Também JUSTEN FILHO reforça que a eficiência tem diversas facetas. A eficiência econômica, em síntese, seria a “utilização mais produtiva de recursos

<sup>147</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Econômico*. Salvador: n. 4, p. 1, nov/dez. 2005 e jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2013.

<sup>148</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

<sup>149</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: n. 10, p. 1, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae>>. Acesso em: 23 out. 2013. .

<sup>150</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: n. 10, p. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae>. Acesso em 23 out. 2013.

<sup>151</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: n. 10, p. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae>. Acesso em 23 out. 2013.

econômicos, de modo a produzir os melhores resultados”; a eficiência como dever de otimização dos recursos públicos, derivada da própria noção de República, seria a necessidade de obter o máximo de resultado com a menor quantidade possível de desembolso; a eficiência administrativa – ou eficácia estatal – teria a peculiaridade de, além de impor o dever de evitar desperdícios e falhas, envolver “a ponderação de interesses e de valores de distintas naturezas”, tendo em vista que “A Administração Pública é norteada por uma pluralidade de princípios e regras, os quais devem ser realizados de modo conjunto e com a maior intensidade possível”<sup>152</sup>.

Essas noções de eficiência, ao menos em tese, autorizariam a consideração de outros elementos externos à contratação em si como vantagem, se implicarem atendimento das finalidades administrativas. Portanto, os elementos que colaboram para a obtenção de propostas vantajosas podem ser internos à relação entre as partes ou externos.

Em primeiro lugar, importa destacar que o entendimento corrente de vantagem está ligado ao aspecto financeiro da contratação. Porém, menor preço não é sinônimo de proposta mais vantajosa, mas é apenas um critério objetivo de comparação entre propostas, após a verificação da sua adequação às necessidades da Administração postas no edital, o que envolve exame de qualidade e funcionalidade, entre outros elementos, para fins de classificação e desclassificação de cada proposta, para então, e somente então, comparar os preços das propostas classificadas e julgadas aceitáveis pelo órgão licitante.

Certamente a vantagem de determinada contratação não se mede apenas pelo seu preço<sup>153</sup>, mas também pela qualidade e utilidade do seu resultado, podendo vantagem ser conceituada como “Todo o ganho ou benefício que alguém obtém em razão de um negócio jurídico, oneroso ou gratuito”<sup>154</sup>. Disso decorre que a maior vantagem, ao menos em um primeiro momento, conforme explica JUSTEN FILHO<sup>155</sup>:

---

<sup>152</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 216-217.

<sup>153</sup> “Cumpra salientar que, ao contrário do que o conhecimento empírico sobre licitações acusa, a obtenção da proposta mais vantajosa nem sempre está relacionada com questões pertinentes ao preço da contratação. É importante, neste sentido, esclarecer que o aspecto ‘preço’ consiste num dos aspectos – não o único, porém – de seleção da proposta mais vantajosa”. (MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 140)

<sup>154</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico Brasileiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 889.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 496.

[...] se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. [...] De modo geral, a vantagem buscada pela Administração Pública deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico.

Essa é a ideia de *economicidade*<sup>156, 157</sup>, que trata dos elementos de vantagem internos à relação entre as partes, porque estão ligados à prestação e contraprestação reciprocamente assumidas<sup>158</sup>, ou seja, a qualidade e o custo. Para o alcance dessas vantagens, o adequado planejamento da contratação é indispensável, com definição de características, metodologias de execução, padrões de desempenho e qualidade, entre outros, de forma que o edital – ao qual a Administração e os particulares estão vinculados – possa conduzir a uma contratação vantajosa, utilizando-se para a seleção da melhor proposta e do futuro contratado apenas o critério de menor preço, que é o critério de julgamento mais usual.

Existem também os elementos externos à relação entre as partes e, conseqüentemente, além da economicidade, que é apenas uma das faces da eficiência<sup>159</sup>

<sup>156</sup> Prevista na Constituição da República (art. 70), quando trata da fiscalização contábil, orçamentária e financeira, e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (art. 19).

<sup>157</sup> Os autores de Direito Econômico e de Direito Administrativo utilizam a expressão economicidade com sentidos diferentes, sendo para os primeiros um conceito mais próximo ao empregado pelos demais como eficiência. Para manter a coerência e o sentido das citações utilizadas, extraídas de obras de Direito Administrativo, acompanhou-se a definição por eles utilizadas. Vide SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38-42; CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 316 – 319; e NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 188-189.

<sup>158</sup> “No âmbito privado, normalmente, a economicidade está compreendida na relação custo-lucro. Na esfera pública, o sentido de economicidade altera-se profundamente, na medida em que o seu entendimento está na relação custo - benefício. [...] Significa dizer que a Administração tem o dever de se eficiente na realização do interesse público, com o dinheiro arrecado pelo povo sendo utilizado para o alcance do maior benefício pelo menor custo e para uma maior quantidade de cidadãos.” (MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 293)

<sup>159</sup> Lembrando que a eficiência também é relacionada pela doutrina com a agilidade e a qualidade da Administração em executar as suas atividades, conforme demonstram os seguintes excertos relativos a tal princípio: “qualidade do que permite o mais ágil retorno da atividade com o menor esforço”. (In: NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 190-191); “Em termos gerais, é princípio que impõe sejam as condutas administrativas orientadas a resultados satisfatórios, significando, assim, um primado de qualidade da ação da Administração Pública” (MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 53); “O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9 ed. São Paulo: Editora

“porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira”.<sup>160</sup> E mais, afirma JUSTEN FILHO, a realização de valores constitucionais interfere na delimitação do interesse público e da vantagem obtida na contratação:

[...] existem outros fatores relevantes para o Estado e para a Nação além da eficiência econômica. A realização desses outros valores afeta a determinação da vantajosidade da proposta formulada pelos interessados. As dúvidas sobre esse tema retratam a pluralidade de facetas do próprio conceito de ‘interesse público’. Conforme se privilegie um determinado ângulo das necessidades coletivas, diversa será a consequência acerca da vantagem buscada pela Administração.<sup>161</sup>

Nessa linha, e considerando a “dialética entre as disciplinas pode levar à compreensão de uma nova face do Direito Administrativo contemporâneo, um Direito Administrativo que contém parcelas que podem ser adjetivadas pela economia”,<sup>162</sup> esses valores e interesses atingidos – positiva ou negativamente – são denominados de externalidades. As externalidades são os efeitos gerados em terceiros, que podem ser positivos ou negativos. CAMARGO as define como “custos que não podem ser absorvidos no lucro e vão ser ou suportados por todos ou, pelo contrário, convertidos em benefícios a todos”.<sup>163</sup> Embora não relativos às partes, contratante e contratado, e, portanto, como dito, fora da ideia de economicidade, podem influenciar diretamente nas vantagens da contratação, estando dentro do conceito de eficiência administrativa. Sobre o tema, TIMM e GUARISSE ponderam que “o direito pode exercer um importante papel de internalizar a externalidade, fazendo com que as partes arquem com os custos –

---

Revista dos Tribunais, 2005. p. 149). “O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. p. 90); “Procurando conhecer os traços principais da eficiência tanto se refere ao disciplinamento das condutas dos agentes da Administração Pública, como, também, em relação à estruturação e funcionamento dos órgãos e entidades que a integram. De ambos se exige a gestão da coisa pública não com ênfase burocrática e, de certa maneira, descomprometida com os resultados. Espera-se, atualmente, bem ao revés, que se estabeleçam metas, persigam-se objetivos claramente delineados, tendo, sempre, a finalidade de obter-se a *administração ótima*, assegurando-se a excelência na qualidade dos serviços a serem prestados aos indivíduos e à coletividade, tudo de acordo com o menor custo possível.” (PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 200.)

<sup>160</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. p. 118.

<sup>161</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 61-62.

<sup>162</sup> MOREIRA, Egon Bockmann O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 848-849.

<sup>163</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2012. p. 125.

no caso das externalidades negativas – ou se beneficiem – no caso de externalidades positivas – dos efeitos que causam em terceiros”.<sup>164</sup>

O exemplo corrente de externalidade negativa é o impacto ambiental. A Lei nº 8.666/1993 possui determinadas regras possibilitando, em maior ou menor grau, a sua internalização ao contrato. Assim, por exemplo, a Lei nº 8.666/1993 determina que os projetos básicos das obras e serviços devem considerar o adequado tratamento do impacto ambiental (art. 6º, inciso IX, e art. 12, inciso VII). Aliás, a própria inclusão do desenvolvimento nacional sustentável entre os objetivos da licitação é demonstrativo de atenção à questão das externalidades (art. 3º), como se verá adiante.

A externalidade positiva está relacionada ao exame do bem-estar social causado<sup>165</sup>. A matéria não é nova nas contratações administrativas. Por exemplo, diversas das hipóteses de dispensa de licitação (art. 24) têm claramente uma finalidade extraeconômica, que visam a atingir outros fins estatais, como são os casos de possibilidade de comprometimento da segurança nacional; da contratação de entidades, sem fins lucrativos, vinculadas ao ensino, à pesquisa, ao desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso; de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos; de associação ou cooperativa de catadores de baixa renda para a coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos, entre outras. Também o art. 42, que trata das licitações internacionais, prevê que, para fins de julgamento, as propostas dos licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda. Essa medida aumenta o custo da contratação, mas protege o mercado interno.

A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação – RDC -, que inicialmente se aplicava às licitações e aos contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa das Confederações e do Mundo Fifa em 2013 e 2014, e agora se estende às obras e serviços

---

<sup>164</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 166.

<sup>165</sup> “No fomento, a ação estatal é estruturada de modo a identificar, num universo de condutas igualmente válidas e juridicamente permitidas -, uma conduta específica que, por gerar externalidades positivas para a sociedade, entende-se que deve ser incentivada. Observe-se que tal estímulo pode ser alcançado de forma direta (por meio da concessão de benefícios diretos que decorrerão para o agente econômico em função do exercício dessa atividade) ou indireta (por meio de colocação de ônus para determinada conduta que não geram benefícios à sociedade e, por via indireta, com maior incentivo para a conduta que se visa estimular). Ambas ensejam o mesmo resultado: a geração de um benefício (direto ou indireto) para o agente econômico executar uma determinada conduta que gera externalidades positivas para a sociedade”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte III: Fomento. *In*: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 410.)

de engenharia no âmbito do SUS e dos sistemas públicos de ensino, em estabelecimentos penais e unidades de tratamento socioeducativo, bem como à ações no âmbito da segurança pública, expressamente prevê que a busca da maior vantagem deve considerar “custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental [...]” (art. 4º, inciso III).

Diante disso, em tese, é legítima a utilização das contratações públicas para o alcance de finalidades que extrapolam o interesse direto da Administração na aquisição do bem, na execução da obra ou na prestação do serviço, uma vez que o conceito de proposta mais vantajosa não é adstrito à economicidade do negócio. JUSTEN FILHO sustenta que os procedimentos licitatórios têm duas finalidades essenciais, que são a concretização do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive pelo prisma do desenvolvimento nacional sustentável<sup>166</sup>. Ao conceituar vantagem, o autor sustenta a sua relação custo-benefício à Administração, afirmando que: “A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via de execução contratual. [...] A maior 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”<sup>167</sup>. Porém, complementa que a *vantajosidade* pode ser examinada de acordo com uma pluralidade de aspectos.

O primeiro deles seria o aspecto econômico. Inicialmente, afirma que nas contratações administrativas há um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos (escassos) de sua titularidade<sup>168</sup>. E, ainda, que na dimensão econômica, a questão é avaliada pelo prisma da eficiência, tendo em vista que, como dito, o Estado dispõe de recursos limitados para a realização de suas atribuições, razão pela qual a vantagem para o Poder Público se configuraria na solução que assegurasse maiores benefícios na aplicação dos seus recursos, ou seja, há um dever de análise da contratação sob o ponto de vista da economicidade, que, para o autor, seria o “resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em razão da contratação administrativa”<sup>169</sup>. Todavia, pondera que

---

<sup>166</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 68.

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

<sup>169</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-72.

existem outros valores relevantes para o Estado e para a Nação, que afetariam a determinação de vantagem da proposta, inclusive como consequência da pluralidade da própria definição de interesse público, exemplificando com a defesa do meio ambiente. Ressalta que, ainda que com maior valor, pode-se mostrar mais vantajosa proposta fundada em solução ecologicamente menos nociva, a depender do ângulo pelo qual se analisa a vantajosidade ao Poder Público. Ressalva, porém, que adoção de finalidades indiretas não autoriza a celebração e contratações desastrosas financeiramente, havendo necessidade de ponderação das finalidades buscadas para a determinação da solução que seja mais compatível com a eficiência econômica<sup>170</sup>.

Além disso, JUSTEN FILHO reforça que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não é objetivo da licitação, mas da contratação administrativa, “concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários a satisfação das necessidades dos entes estatais”, ainda que afete as licitações, embora não para determinar nova finalidade, mas porque dá novos contornos ao conceito de vantagem a ser buscada<sup>171</sup>. O autor reconhece que “o contrato administrativo propicia à Administração o atingimento de fins mediatos, de modo que o contrato administrativo pode ser um instrumento da realização de políticas públicas mais amplas”<sup>172</sup>, bem como reconhece que o “montante de recursos desembolsados pelos entes estatais para satisfação de suas necessidades é muito relevante e afeta a atividade econômica em seu conjunto”<sup>173</sup>.

Sobre o desenvolvimento nacional, JUSTEN FILHO diz que os direitos e garantias constitucionais<sup>174</sup> dependem, em maior ou menor grau, do desenvolvimento nacional, tendo em vista ser esse indispensável para “assegurar a disponibilidade de

<sup>170</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

<sup>171</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 73.

<sup>172</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

<sup>173</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

<sup>174</sup> Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, no sentido de que “a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais” (p.15-16), vide TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. p. 9-38.; e CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1990-1991.

recursos destinados à realização dos direitos fundamentais, em cujo núcleo se encontra a dignidade humana”.<sup>175</sup> Avançando para o desenvolvimento nacional *sustentável*, afirma que tal implica a impossibilidade de acréscimo de riqueza ser feito à custa do comprometimento do meio ambiente, havendo a necessidade de compatibilização entre o uso dos recursos econômicos e a preservação do equilíbrio ecológico<sup>176</sup>.

Como síntese, o autor indica que as contratações públicas apresentam finalidades microeconômicas e finalidades macroeconômicas, sendo que a primeira está relacionada à satisfação das necessidades estatais com maior eficiência possível, e a segunda está relacionada ao uso das contratações como instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ou seja, como meio de fomento<sup>177</sup>. Essa ideia se aproxima da lição de BRITO, que aborda a questão sob o viés de interesse público primário e interesse público secundário:

[...] cumpre fazer uma necessária distinção entre o que a doutrina italiana convencionou chamar de interesse público primário e interesse público secundário. Este representa a vontade do Estado enquanto pessoa jurídica, no que se insere a preocupação com o erário. Aquele, por sua vez, diz respeito aos anseios coletivos e à moldura constitucional que os protege, ou seja, à própria finalidade para o qual o Estado foi criado. É claro que o ideal é que ambos sejam convergentes, mas, havendo colisão, deve prevalecer o primeiro.<sup>178</sup>

Nessa mesma linha, PEREIRA JUNIOR e DOTTI tratando especificamente das alterações promovidas nos procedimentos de contratação pública para o estabelecimento de tratamento diferenciado e privilegiado para as microempresas e empresas de pequeno porte, referem que “A ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências de interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico)”<sup>179</sup>.

Sobre o tema, a Organização das Nações Unidas – ONU – em Nova Iorque, entre os dias 25 e 27 de setembro de 2015, decidiu sobre os objetivos globais de

<sup>175</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

<sup>176</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

<sup>177</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 76.

<sup>178</sup> BRITO, Naiana Bezerra de. O interesse público nos contratos administrativos e suas implicações no desenvolvimento do país. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

<sup>179</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 119.

desenvolvimento sustentável, estabelecendo um “plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade”<sup>180</sup>, bem como visando a “fortalecer a paz universal com mais liberdade”, denominado de “Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável”<sup>181</sup>. O plano equilibra o que seriam as três dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social e ambiental – em 17 objetivos e 169 metas, que entrarão em vigor a partir de 1º de janeiro de 2016.

Os objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS – são os seguintes:

- Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;
- Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos
- Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;
- Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;
- Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;
- Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;
- Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;
- Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;
- Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
- Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;
- Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos;
- Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;
- Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;
- Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;
- Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

<sup>180</sup> Em seu preâmbulo, em relação às pessoas, é manifestada a intenção de acabar com a pobreza e a fome e de garantir que todos os seres humanos possam realizar seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável; em relação ao planeta, de lhe proteger da degradação, sobretudo por meio de consumo e produção sustentáveis, da gestão sustentável de seus recursos naturais e adotando medidas urgentes sobre a mudança climática, e, em relação à prosperidade, de assegurar que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de plena realização pessoal, e que o progresso econômico, social e tecnológico seja harmônico com a natureza.

<sup>181</sup> NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Embora todos eles sejam objetivos de desenvolvimento sustentável, alguns melhor se alinham com (ou, ao menos, melhor evidenciam a) as escolhas feitas pelo legislador nacional ao prever a utilização das contratações administrativas como instrumento em políticas de fomento econômico, incluindo como objetivo das licitações/contratações a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, tais como:

- ODS 2 (Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável) que tem entre suas metas “dobrar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente as mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores [...]”(2.3);
- ODS 8 (Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos) que entre suas metas prevê o atingimento de “níveis mais elevados das economias por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação [...]” (8.2), bem como a promoção de políticas “orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas [...]” (8.3) e a melhora da eficiência dos recursos globais, tanto no consumo, quanto na produção, e “empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental [...]” (8.4);
- ODS 9 (Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação), que contempla entre suas metas “Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais [...]” (9.5) e “Apoiar o desenvolvimento tecnológico, a pesquisa e a inovação nacionais nos países em desenvolvimento” (9.b); e
- ODS 12 (Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis), que expressamente estabelece como meta “Promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas públicas e prioridades nacionais” (12.7).

Nesse ponto, importa diferenciar o desenvolvimento do crescimento, tendo em vista que esse último tem viés quantitativo, podendo ocorrer independentemente da

presença de desenvolvimento, razão pela qual CAMARGO elucida que quando “se fazem considerações em torno do produto interno bruto, o debate não está, em realidade, posto em termos de ‘desenvolvimento’, mas sim de ‘crescimento’ [...]”<sup>182</sup>. Sobre o tema, o mesmo autor pondera ainda que não haver uma única compreensão possível de desenvolvimento econômico por envolver também os aspectos qualitativos:

Não existe uma única concepção possível de desenvolvimento econômico, dado que, por comportar este também aspectos qualitativos, ao lado dos quantitativos, especialmente onde o pluralismo político é albergado como valor, dependerá a respectiva política em muito dos referenciais do projeto que se faça dominante no momento que se tenha sob consideração: mais ou menos “liberalista”, mais ou menos “intervencionista”, “planejador” ou “não planejador” etc.<sup>183</sup>

Mais adiante, complementa ilustrando padrões que poderiam ser tomados como indicadores de desenvolvimento:

Justamente em razão de não existir somente um modelo de desenvolvimento, mas vários, e de que o desenvolvimento é, sobretudo, uma questão valorativa, os balizamentos da respectiva política econômica não de voltar-se à concreção dos valores postos nos textos jurídicos fundamentais, pois “a luta pelo desenvolvimento não pode ser apenas uma luta pelo crescimento do produto interno bruto”. Claro que, em se tratando de proceder à identificação do que se tenha como desenvolvimento, certos padrões de “bem-estar”, confrontando uns países a outros, umas regiões a outras, uns padrões a outros, terão de ser empregados. Por vezes, utilizam-se padrões inerentes de países que se entendam como desenvolvidos, como a acessibilidade a tais ou quais meios de comunicação interindividual ou social, o consumo de tais ou quais alimentos, a predominância a tais ou quais meios de transporte, o poder aquisitivo médio da população, as taxas de mortalidade infantil e analfabetismo, o grau de independência em relação ao estrangeiro quanto a técnicas de saúde e medicina, a existência de maior ou menor ênfase no setor primário da economia em face do secundário e terciário, o maior ou menor consumo de energia não decorrente do esforço muscular de seres animados, a proporção entre a difusão de conhecimento científico e a observância de tradições, grau de sofisticação de métodos e ferramentas.<sup>184</sup>

Avançando para a noção de desenvolvimento sustentável<sup>185</sup>, “fala-se daquele voltado a equilibrar a necessidade de permitir a elevação dos níveis de vida com a de

<sup>182</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 178.

<sup>183</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 184-185.

<sup>184</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 180.

<sup>185</sup> Sobre a origem da expressão desenvolvimento sustentável e o estabelecimento de seu conceito, vide SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabel Cristina de Moura; GUIMARÃES, Landro Belinaso. *Desenvolvimento sustentável*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 15-26.

conservação dos recursos ambientais para as gerações futuras<sup>186</sup>. Há certo consenso doutrinário a respeito do conceito do desenvolvimento sustentável – e da sua importância -, sendo que a dificuldade reside em estabelecer o ponto de equilíbrio entre o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente, o que envolve estabelecer os limites entre as necessidades da geração atual e as da geração futura.

Na última década diversas alterações foram feitas na legislação das contratações administrativas, com o claro objetivo de fomento econômico, visando o desenvolvimento nacional sustentável. A questão que remanesce é se as áreas escolhidas pelo legislador para fomento e contempladas pelo Direito Administrativo Contratual vigente estão dentre as hipóteses constitucionalmente admitidas e vistas anteriormente.

---

<sup>186</sup> In: NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 164.

## **2 INSTRUMENTALIDADE DAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS: DISPOSIÇÕES DE FOMENTO ECONÔMICO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE DE DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRATUAL**

Como regra, a maior vantagem buscada nos procedimentos de contratação administrativa está vinculada a uma noção econômica, tendo em vista a escassez de recursos e a diversidade de demandas a serem atendidas pelo Poder Público. A preocupação com o aspecto econômico é evidente nas diversas normas financeiras destinadas ao Poder Público<sup>187</sup>, inclusive na própria Constituição da República<sup>188</sup>, bem como na fiscalização realizada pelo Controle Externo<sup>189</sup> e no exame da responsabilidade do gestor<sup>190</sup>. Porém, as maiores evidências de que a noção econômica domina na avaliação da vantagem das contratações públicas está na própria Lei nº 8.666/1993, tendo em vista os procedimentos indicados para o planejamento da contratação e para a seleção do vencedor do certame, em especial a indução ao critério de menor preço como regra nas licitações.

Assim, alinha-se com o entendimento de JUSTEN FILHO<sup>191</sup> no sentido de que a utilização dos contratos administrativos como instrumento de fomento econômico, implicando aumento de custos ao Poder Público, somente poderá ser realizada se houver prévia autorização legislativa. Como já dito anteriormente, a Lei nº 8.666/1993 contempla desde sua gênese algumas hipóteses em que os contratos administrativos são utilizados para atendimentos de outros objetivos públicos, além da satisfação de necessidade imediata de serviços, obras e compras, mas a legislação de Direito Administrativo Contratual tem sofrido significativas alterações com objetivo evidente de empregar as contratações administrativas como instrumento de política de fomento

---

<sup>187</sup> Tais como a Lei n 4.320/1964 e a Lei Complementar nº 101/2000.

<sup>188</sup> Vide art. 163 e seguintes da CRFB/1988.

<sup>189</sup> Vide art. 70 da CRFB/1988.

<sup>190</sup> Vide Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

<sup>191</sup> “A eleição de uma solução economicamente menos vantajosa apenas pode ser admitida mediante autorização legislativa. Assim, se impõe como decorrência da soberania popular. Os administradores públicos não são proprietários dos recursos públicos. Cabe-lhes valer-se desses recursos para promover a mais ampla e completa satisfação de necessidades coletivas. Logo, é dever inafastável promover o uso mais eficiente dos recursos públicos.

Portanto, é indispensável que os cidadãos aprovelem solução de uso menos eficiente dos recursos públicos, eis que tal significará, de modo necessário, a redução das utilidades oferecidas pelo Estado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 78)

econômico, estabelecendo prerrogativas para microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas e outras formas associativas; e estabelecendo preferências para bens e serviços nacionais, para soluções favoráveis ao meio ambiente e à inovação tecnológica, visando o desenvolvimento nacional sustentável.

Nessa segunda parte do trabalho, passa-se a examinar essas principais alterações legislativas, que foram agrupadas em dois blocos. Um para exame dos benefícios concedidos às microempresas, às empresas de pequeno porte, às cooperativas e para outras formas associativas; outro para exame das preferências estabelecidas para proteção do mercado nacional e do meio ambiente e para o incentivo à inovação tecnológica. Os critérios utilizados para essa divisão são a principal norma base, Lei Complementar nº 123/2006 e Lei nº 12.349/2010, respectivamente; e o método utilizado pelo legislador para o fomento, que elegeu na primeira norma pessoas<sup>192</sup> e na segunda, áreas a serem utilizadas como indutoras do desenvolvimento. A análise da evolução legislativa será realizada por tema, sem rigor cronológico, visando à melhor compreensão da matéria.

## **2.1 Fomento a pessoas: estímulo à microempresa, à empresa de pequeno porte, à cooperativa e a outras formas associativas**

No tocante às microempresas e empresas de pequeno porte, cujo estímulo é previsto constitucionalmente nos já referidos arts. 170, inciso IX, e 179, foi editada a Lei Complementar nº 123, em 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelecendo normas gerais de tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a essas empresas. Por tradição, esse tratamento é relativo ao regime tributário aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte. Contudo, a Lei Complementar nº 123/2006 inovou em relação ao que

---

<sup>192</sup> Vale referir que não há consenso a respeito do enquadramento da empresa como objeto da atividade econômica ou como sujeito. Nesse trabalho, adota-se essa última posição, entendendo a empresa como sujeito de direito. CAMARGO afirma que “A despeito da franca resistência dos privatistas, a empresa será, para nós, sempre que não houver disposição legal em contrário, sempre sujeito de direito, porquanto titular de interesses completamente distintos dos do empresário em si mesmo” (CARMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p. 53). Sobre o tema, vide o verbete “empresa” em NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 195; bem como SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conceito de empresa: um desafio que persiste? In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008. p. 11-26.

dispunham as revogadas Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, que regravam a matéria, estabelecendo tratamento diferenciado e favorecido no que se refere ao acesso ao mercado, conforme seu art. 1º, inciso III, prevendo no seu Capítulo V, Seção I<sup>193</sup>, uma série de vantagens nas aquisições pública.

Preliminarmente ao exame das vantagens concedidas nas aquisições públicas, importa identificar os beneficiários contemplados pela Lei Complementar nº 123/2006, elencados no seu art. 3º, que considera como microempresa ou empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário<sup>194</sup>, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que aufera em cada ano-calendário<sup>195</sup> receita bruta<sup>196</sup> igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), no caso das microempresas; ou no intervalo entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), no caso de empresa de pequeno porte<sup>197</sup>. Contudo, ainda que preencha os requisitos referidos acima, não terá o tratamento jurídico diferenciado, para nenhum efeito legal, inclusive nas aquisições públicas, a pessoa jurídica que incidir nos impedimentos<sup>198</sup> arrolados no

<sup>193</sup> A redação original da Lei Complementar nº 123/2006 previa os benefícios relativos às aquisições públicas em Seção Única do Capítulo V. Em 2014, a Lei complementar nº 147 alterou o Capítulo V, o subdividindo em Seção I, das Aquisições Públicas, e Seção II, Acesso ao Mercado Externo. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 2012).

<sup>194</sup> Definido no art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002).

<sup>195</sup> As regras relativas ao desenquadramento, por excesso de receita, são encontradas no §2º e nos §§ 7º a 14 da Lei Complementar nº 123/2006.

<sup>196</sup> Art. 3º, § 1º: “Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”.

<sup>197</sup> Os limites previstos na redação original da Lei Complementar nº 123/2006 eram de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil) e de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil), tendo sido ampliados pela Lei Complementar nº 139/2011.

<sup>198</sup> Art. 3º, §4º: “Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba

§ 4 do art. 3º, dentre as quais se encontram as cooperativas, salvo as de consumo (inciso VI). Conforme se verá adiante, em que pese a existência dessa vedação, as cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite das empresas de pequeno porte, nela incluídos atos cooperados e não cooperados, terão os benefícios relativos ao acesso ao mercado, tendo em vista o disposto no art. 34 da Lei nº 11.488/2007<sup>199</sup>.

Também está incluído entre os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006, o Microempreendedor Individual – MEI - <sup>200</sup>, que é modalidade de microempresa (art. 18-E), sendo assim considerado o empresário individual que tenha auferido receita bruta de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais)<sup>201</sup> no ano-calendário anterior, optante pelo Simples Nacional e que atenda cumulativamente os seguintes requisitos<sup>202</sup> (art. 18-A, §4º): a sua atividade não seja tributada na forma dos anexos V ou VI da Lei Complementar nº 123/2006 (inciso I)<sup>203</sup>; possua um único estabelecimento

---

tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.” (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 2012).

<sup>199</sup> As normas gerais de licitação não estão reservadas constitucionalmente para lei complementar. Por esta razão, como bem reconhece o próprio artigo 86 da Lei Complementar nº 123/2006, as disposições relativas aos beneficiários de tratamento diferenciado nas licitações públicas podem ser alteradas por lei ordinária.

<sup>200</sup> Introduzido pela Lei Complementar nº 128/2008.

<sup>201</sup> O limite previsto na redação original da Lei Complementar nº 123/2006 era de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), tendo sido ampliado pela Lei Complementar nº 139/2011.

<sup>202</sup> O enquadramento do empresário como MEI requer que o mesmo não esteja impedido de optar pela sistemática prevista no art. 18-A, conforme seu §1º, sendo que tais impedimentos estão previstos no §4º do mesmo artigo, de onde se extraem esses requisitos complementares.

<sup>203</sup> Sobre as atividades possíveis de serem realizadas pelo MEI e, conseqüentemente, contratadas pela Administração Pública, vide o art. 91, inciso I, e do art. 104-B ao art. 104-D, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, na redação dada pela Resolução CGSN nº 115, de 5 de abril de 2014. Também sobre o tema, vide BRAGA, Márcia Bello de Oliveira. O Microempreendedor

(inciso II); não participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador (inciso III); não contrate mais de um empregado, sendo que esse somente poderá receber um salário mínimo ou o piso da categoria profissional (inciso IV c/c art. 18-C). A Lei Complementar nº 123/2006, a partir das alterações da Lei Complementar nº 147/2014, inclui no tratamento diferenciado, no tocante às aquisições públicas<sup>204</sup>, conforme o art. 3º-A, o produtor rural pessoa física e o agricultor familiar<sup>205</sup>, com situação regular na Previdência Social e no Município, que tenham auferido receita bruta anual até o limite previsto para as empresas de pequeno porte.

Para evitar repetições e imprimir maior clareza ao presente trabalho, toda vez que, neste texto, for utilizada a expressão “empresa beneficiária”, a referência abrange a microempresa, a empresa de pequeno porte, a cooperativa, o microempresário individual, o produtor rural pessoa física e o agricultor familiar, que satisfaçam os requisitos referidos anteriormente.

Vale destacar que as normas contidas no Capítulo V, que trata das aquisições públicas, são independentes do regime tributário que for aplicável para a empresa beneficiária que estiver participando do certame<sup>206</sup>. Portanto, para o gozo dos benefícios nas licitações públicas, é indiferente a empresa ser ou não optante pelo regime tributário simplificado, o chamado Simples Nacional. Por esta razão, a empresa beneficiária vedada de ingressar no Simples Nacional, por força do disposto no artigo 17 da Lei

Individual (MEI) nas licitações. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: n 78, mar./abr. de 2013. p. 189-206.

<sup>204</sup> O tratamento diferenciado dispensado aos agricultores familiares é o disposto nos arts. 6º e 7º, nos Capítulos V a X, no Capítulo XI, Seção IV, e no Capítulo XII da Lei Complementar nº 123/2006, ressalvadas as disposições da Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008.

<sup>205</sup> A definição de agricultor familiar está no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, que assim dispõe:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais;

II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento;

III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo

IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família.

§ 1º O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica quando se tratar de condomínio rural ou outras formas coletivas de propriedade, desde que a fração ideal por proprietário não ultrapasse 4 (quatro) módulos fiscais.” (BRASIL. Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 2006).

<sup>206</sup> A previsão legal de opção pelo Simples Nacional para o enquadramento do empresário como MEI não interfere nessa autonomia, pois a não adesão ao regime tributário diferenciado apenas desenquadrará o empresário de microempreendedor individual para microempresa, continuando a gozar normalmente dos benefícios nas aquisições públicas.

Complementar nº 123/2006, poderá gozar regularmente dos benefícios contidos no Capítulo V da mesma Lei, assim como aquela que, podendo ingressar no regime simplificado de tributação, optou por não o fazer. Esse entendimento passou a estar expresso no texto da Lei Complementar nº 123/2006, a partir de 2014, com a inclusão do art. 3º-B pela Lei Complementar nº 147<sup>207</sup>. E mais, os benefícios estabelecidos pela Lei Complementar nº 123/2006 não se aplicam a toda e qualquer licitação pública, estando delimitados pelo próprio título da Seção I às aquisições públicas, que são aquelas contratações destinadas ao fornecimento de bens, à prestação de serviço e à obra<sup>208</sup>. Portanto, estão ressalvadas do tratamento diferenciado e beneficiado as alienações, as concessões de bens públicos, as concessões e as permissões de serviços públicos e outras que não possam ser definidas como “aquisições públicas”.

Para fins didáticos, as vantagens previstas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte podem ser separadas em dois grupos. O primeiro é integrado pelas prerrogativas disciplinadas nos arts. 42 a 45, que tratam de benefícios nas fases de habilitação e de proposta. O segundo grupo é composto pelas hipóteses de licitação diferenciada<sup>209</sup>, previstas nos arts. 47 a 49, que tratam de benefícios adicionais em licitações especiais. Na redação atual da Lei Complementar nº 123/2006, dada pela Lei Complementar nº 147/2014, as disposições do Capítulo V são todas autoaplicáveis.

Todavia, é importante a sua regulamentação, ao menos no instrumento convocatório, pois a Lei Complementar nº 123/2006 é norma geral, sendo omissa em diversos aspectos específicos e relevantes para a sua correta aplicação. Em âmbito federal, os benefícios relativos às contratações públicas foram regulamentados pelo Decreto Federal nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, e, posteriormente, pelo Decreto Federal nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, que está em *vacatio legis* e entrará em vigor no dia 5 de janeiro de 2016<sup>210</sup>, revogando o decreto anterior.

---

<sup>207</sup> “Art. 3º-B. Os dispositivos desta Lei Complementar, com exceção dos dispostos no Capítulo IV, são aplicáveis a todas as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pelos incisos I e II do *caput* e § 4º do art. 3º, ainda que não enquadradas no regime tributário do Simples Nacional, por vedação ou por opção.”

<sup>208</sup> Esse entendimento tem por fundamento os incisos do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, que referem especificamente esses três objetos contratuais, e é reforçado pelo art. 1º do Decreto Federal nº 6.204/2007 e do Decreto Federal nº 8.538/2015.

<sup>209</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 77.

<sup>210</sup> Data que corresponde aos 90 (noventa) dias contados da sua publicação oficial (art. 15), que ocorreu em 07 de outubro de 2015.

Deverá ser disciplinada pelos entes, por exemplo, a forma de comprovação do preenchimento dos requisitos para usufruir dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006. Em razão da autonomia existente entre o regime tributário adotado pela empresa e os benefícios nas aquisições públicas, não é possível exigir-se comprovante de opção pelo regime tributário do Simples Nacional como demonstrativo da condição de empresa beneficiária. Também não basta a verificação do nome empresarial, acompanhado da expressão *microempresa* ou *empresa de pequeno porte*<sup>211</sup>, tendo em vista que o enquadramento leva em consideração basicamente a receita bruta anual, que é dado mutável e dinâmico, podendo o nome não mais condizer com a realidade empresarial. Sobre a questão, JUSTEN FILHO<sup>212</sup> enfatiza o entendimento pela necessidade de uma qualificação específica e prévia das empresas beneficiárias<sup>213</sup>, mediante cadastro, tendo em vista que as prerrogativas nas licitações envolvem requisitos de habilitação, mas especialmente para efeito das licitações diferenciadas, em que ser empresa beneficiária é condição de participação, como se verá adiante. Não havendo o cadastramento, seja na forma prevista do art. 34 ao art. 37 da Lei nº 8.666/1993, seja especificamente para o certame, a solução proposta pelo autor para a qualificação das empresas beneficiárias é a previsão no edital de apresentação de declaração de atendimento dos requisitos da Lei Complementar nº 123/2006 para a fruição dos benefícios, sendo que, ao final do certame e como requisito para a

---

<sup>211</sup> Art. 72 da Lei Complementar nº 123/2006.

<sup>212</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 48.

<sup>213</sup> Sobre o tema, o mesmo autor, na primeira edição do seu livro *Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, expressamente refere à autonomia da questão licitatória em face do regime tributário e a insuficiência da verificação do nome empresarial indicativo da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, destacando a necessidade de verificação da presença dos referidos requisitos pela Administração Pública, o que propõe ser feito mediante uma qualificação prévia (seja no âmbito do cadastro de fornecedores, seja a cada licitação específica). Enquanto não houver regulamentação específica a respeito da matéria, o autor sugere que o ato convocatório ao menos estabeleça os mecanismos de reconhecimento do preenchimento dos requisitos legais para fruição dos benefícios, de forma objetiva, simples e prévia às atividades de julgamento no certame. Nessa hipótese, havendo a imposição editalícia de qualificação específica para a fruição do benefício, a ausência do atendimento oportuno não poderá ser sanada com apresentação posterior de documento, presumindo-se a renúncia pelo interessado ao tratamento diferenciado no certame. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 26-29) Para tanto, entende-se que o instrumento convocatório deverá prever expressamente, sob pena de gerar insegurança nas licitações, que a empresa que deixar de apresentar a declaração (ou outro documento exigido para esta mesma finalidade), no momento determinado pelo edital, receberá o mesmo tratamento dispensado às demais empresas não beneficiadas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, sendo entendida a sua omissão como renúncia a qualquer privilégio em face de sua condição.

homologação, deveria ser apresentada a documentação pertinente, comprobatória do preenchimento de tais requisitos<sup>214</sup>.

Essa solução, em parte, é semelhante à adotada pelo Decreto Federal nº 6.204/2007 e pelo Decreto Federal nº 8.538/2007, que em seus arts. 11 e 13, §2º, respectivamente, preveem a exigência de apresentação de declaração, sob as penas da lei, de cumprimento dos requisitos legais para a qualificação como beneficiária, estando a empresa apta a usufruir do tratamento favorecido. Porém, a apresentação exclusiva desta declaração, sem exigência no instrumento convocatório de apresentação posterior de outra documentação complementar, comprobatória da condição de empresa beneficiária, como propõe JUSTEN FILHO, não impede que a Administração, tendo dúvidas quanto à veracidade de seu conteúdo, realize diligências<sup>215</sup>, conforme autoriza o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, para esclarecer se a empresa faz, ou não, jus aos benefícios da Lei. A veracidade da declaração também poderá ser questionada pelos demais licitantes, por meio de recurso, garantindo-se sempre a ampla defesa e o contraditório<sup>216</sup>. Ademais, o momento oportuno para a apresentação da declaração de enquadramento como empresa beneficiária é prévio à realização de qualquer julgamento pela Administração, ou seja, no envelope de habilitação<sup>217</sup> ou, se a licitação estiver sendo processada na modalidade pregão, no momento do credenciamento.

Para auxiliar neste controle do enquadramento das empresas nos limites de receitas previstos na Lei, LIMA<sup>218</sup> sugere a integração dos dados referentes aos contratos administrativos celebrados entre o Poder Público e as empresas beneficiadas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de forma a acompanhar o crescimento destas empresas. Controle semelhante tem sido realizado na esfera federal pelo Tribunal de Contas da União, em relação aos contratos celebrados pelos seus jurisdicionados, o que acarretou na declaração de inidoneidade de diversas empresas beneficiadas que, embora tendo auferido receitas superiores ao limite legal em contratos com a Administração Direta e Indireta da União, permaneceram declarando-se

---

<sup>214</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 48.

<sup>215</sup> Para exemplo de diligência, vide TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. TC 034.794/2014-0. Acórdão 1370/2015. Relatora: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 03 jun. 2015.

<sup>216</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 63.

<sup>217</sup> Lembrando que tal declaração não é documento de habilitação, razão pela qual a sua ausência não implicará a exclusão do certame, mas apenas não aplicação do tratamento diferenciado.

<sup>218</sup> LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº 123/2006: incluindo o Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análise de editais)*. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 57-58.

como beneficiárias em licitações e gozando indevidamente de vantagem, o que foi considerado como fraude às licitações pela Corte de Contas<sup>219</sup>. O Decreto Federal nº 8.538/2015, no art. 13, §1º, prevê a responsabilidade do licitante pela solicitação do seu desenquadramento como empresa beneficiária quando deixar de preencher os requisitos legais, sob pena de declaração de inidoneidade caso usufrua ou tente usufruir indevidamente os benefícios nas contratações públicas.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame específico do tratamento diferenciado concedido às empresas beneficiárias nas aquisições públicas, a começar pelas prerrogativas contidas do art. 42 ao art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006, nos quais estão contidas as disposições relativas aos benefícios concedidos tanto na fase de habilitação, quanto na fase de propostas, que são autoaplicáveis e também imperativos<sup>220</sup>, devendo todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, adotar as medidas necessárias para o seu cumprimento. No tocante à fase de habilitação, as empresas beneficiadas têm vantagens quanto ao momento de comprovação da sua regularidade fiscal em licitações públicas, na forma dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006, que assim dispõem:

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.

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

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

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

---

<sup>219</sup> Para ilustrar, cita-se a seguinte decisão: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. TC 028.980/2012-3. Acórdão 1104/2014. Relator: Raimundo Carreiro. Julgamento em 30 abr. 2014.

<sup>220</sup> “Os referidos benefícios são de observância obrigatória por todas as entidades administrativas que promoverem licitações. A fruição dos benefícios por parte das ME e das EPP não se subordina a alguma decisão discricionária da Administração pública. Trata-se de determinação legal imperativa, derivada do exercício pela União de sua competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre licitação (CF/88, art. 22, inc. XXXVI)”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 21)

O benefício concedido é relativo exclusivamente à comprovação da regularidade fiscal<sup>221</sup>, de que tratam os incisos I a IV do art. 29 da Lei nº 8.666/1993, que envolve a apresentação dos seguintes documentos: prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ); prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver<sup>222</sup>, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante; prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Embora prevista no mesmo artigo, a prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho (art. 29, inciso V), mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT), é documento de regularidade trabalhista<sup>223</sup>, não havendo qualquer tratamento diferenciado para as empresas beneficiadas em relação a sua apresentação nas licitações. Assim, qualquer irregularidade nesse documento (art. 29, inciso V), bem como em qualquer outro de regularidade jurídica (art. 28), qualificação técnica (art. 30) e qualificação financeira (art. 31), implicará imediata inabilitação do certame.

Há um aparente conflito entre o art. 42, que determina que a comprovação de regularidade fiscal das empresas beneficiadas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, e o *caput* do art. 43, que determina a apresentação já na licitação de toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, ainda que esta apresente alguma restrição. Esta aparente dissonância entre os dispositivos é facilmente superada por uma interpretação conjugada dos dois artigos,

---

<sup>221</sup> O Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu art. 193, prevê que, salvo quando autorizado por lei, a Administração Pública não celebrará contrato ou sequer aceitará proposta em concorrência pública, sem que o contratante ou proponente “faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre”, sendo que tal prova de quitação, de acordo com o art. 205, será feita por certidão negativa ou, ainda, conforme art. 206, mediante certidão negativa com efeito de positiva, em que “que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

<sup>222</sup> Se a atividade objeto do certame for sujeita à incidência de imposto sobre serviço (ISS), o cadastro deverá ser o municipal; se a atividade for sujeita à incidência de imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS), o cadastro deverá ser o estadual; se, contudo, a atividade não for fato gerador de qualquer dos tributos referidos, não será exigido qualquer cadastro, razão da expressão “se houver” no texto legislativo.

<sup>223</sup> A expressão regularidade trabalhista, constante no art. 27, inciso IV, e no art. 29, *caput*, bem como a exigência da prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, constante no art. 29, inciso V, foram incluídas na Lei nº 8.666/1993 pela Lei nº 12.440/2011, deixando claro tratar-se de requisito diferente da regularidade fiscal, constante nas redações originais dos arts. 27 e 29.

que leva à conclusão de que deverão ser apresentados todos os documentos exigidos para a habilitação, inclusive os de regularidade fiscal, ainda que estes últimos apresentem alguma restrição.

Havendo restrição nos documentos relativos à regularidade fiscal, a habilitação da empresa<sup>224</sup> ficará condicionada à apresentação de nova documentação, que comprove a sua regularidade, em cinco dias úteis<sup>225</sup>, a contar da data em que for declarada vencedora do certame. Este prazo poderá ser prorrogado, uma única vez e por igual período, a critério da Administração. Para evitar arbitrariedade na concessão de dilação de prazo, entende-se necessário que esta prorrogação seja requerida pelo interessado, de forma motivada e durante o transcurso do prazo original, viabilizando que a Administração, também de forma motivada, se manifeste a respeito do pedido. O Decreto Federal nº 6.204/2007, em seu art. 4º, §3º, prevê que, nas licitações da administração pública federal, a prorrogação de prazo “deverá ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para empenho, devidamente justificados”<sup>226</sup>.

Sobre o termo inicial da contagem do prazo para regularização da documentação relativa à habilitação fiscal, resta determinar qual é o momento em que o proponente é declarado o vencedor do certame, conforme o §1º do art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006. A respeito da matéria, JUSTEN FILHO<sup>227</sup> pondera haver duas alternativas possíveis. A primeira seria a regularização antes da classificação definitiva, ou seja, antes da apresentação e julgamento dos recursos, e a segunda seria depois da homologação e a adjudicação do objeto à empresa beneficiária.

Contudo, a adjudicação do objeto ao vencedor do certame pressupõe o exame definitivo da habilitação do licitante. Além disso, se a empresa beneficiária não lograr comprovar a sua regularidade fiscal, isto poderá gerar entraves ao êxito do certame, como por exemplo, no tocante à convocação dos remanescentes à contratação. Se o

---

<sup>224</sup> Embora o texto da Lei Complementar nº 123/2006 refira o benefício em relação à fase de habilitação, entende-se que a mesma prerrogativa é estendida ao cadastro de fornecedores, previsto nos arts. 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993. Assim, a existência de eventual restrição na documentação de regularidade fiscal não impede o cadastramento da empresa beneficiária (que é condição para participação em licitações na modalidade tomada de preços, por exemplo), permanecendo o dever de regularização se a beneficiária for vencedora em algum certame.

<sup>225</sup> Prazo fixado pela Lei Complementar nº 147/2014. O prazo original da Lei Complementar nº 123/2006 era de dois dias úteis.

<sup>226</sup> No Decreto Federal nº 8.538/2015, a matéria é disciplinada no art. 4º, §3º, da seguinte forma: “§ 3º A prorrogação do prazo previsto no § 1º poderá ser concedida, a critério da administração pública, quando requerida pelo licitante, mediante apresentação de justificativa”.

<sup>227</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 44 e 45.

exame final da habilitação for realizado antes da homologação e da adjudicação, no caso de não comprovação da regularidade fiscal pela empresa beneficiária, a consequência será a sua inabilitação do certame, com a reclassificação das propostas remanescentes, sendo que o segundo colocado passará a ocupar a posição de vencedor da licitação e será convocado<sup>228</sup> para assinar o contrato. Este caso é efetivamente de convocação, pois o licitante estará submetido ao que determina o art. 81 da Lei nº 8.666/1993, que prevê a aplicação de sanções para o caso de não assinatura do contrato. Esta punição somente é possível porque, tornando-se o vencedor do certame, o licitante será chamado para assinar o contrato nas condições da sua própria proposta, a qual está vinculado durante todo o seu prazo de validade.

Por outro lado, se o exame da habilitação for realizado após a homologação e a adjudicação, no caso de não comprovação da regularidade fiscal pela empresa beneficiária, a consequência será apenas o decaimento do direito de contratar. Desta forma, para não se perder o certame, desperdiçando o tempo e os recursos despendidos para o seu processamento, a única alternativa que restará à Administração será ofertar ao segundo colocado a possibilidade de contratação, nas condições do primeiro colocado, conforme art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Nessa hipótese, como as condições de preço não são as da sua própria proposta, o segundo colocado não está obrigado a assinar o contrato, o que poderá frustrar as pretensões da Administração em relação ao certame. O Decreto nº 6.204/2007 acertadamente adota a primeira tese, no sentido de que o prazo para a regularização da documentação deve ser concedido antes da adjudicação, inclusive antes da apresentação dos recursos, conforme o § 2º do art. 4º, solução repetida pelo Decreto Federal nº 8.538/2015, no art. 4º, §§ 2º e 4º.

Esgotado o prazo sem a regularização da documentação, o § 2º do art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006 prevê a aplicação das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666/1993. O referido dispositivo não elenca nenhuma penalidade específica, o que deverá ser feito pela Administração no edital, mas equipara a recusa injustificada do vencedor a celebrar o contrato ao inadimplemento total do objeto, o que significa que a não regularização da documentação fiscal no prazo legal sujeitará a empresa beneficiária às penalidades estabelecidas no instrumento convocatório para a hipótese de inadimplemento total das obrigações contratuais. Esta previsão de penalidades é coerente com o § 6º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, que veda a desistência imotivada

---

<sup>228</sup> Vale referir que essa é a expressão utilizada no § 2º do art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006.

depois de encerrada a fase de habilitação e conhecidas as propostas, pois a não apresentação da documentação de regularidade fiscal após o julgamento final e declaração do vencedor se equipara à desistência de proposta.

SANTOS<sup>229</sup> pondera que receber o tratamento diferenciado é um direito subjetivo renunciável, o que poderá ocorrer de forma expressa ou tácita, quando houver omissão do interessado em comprovar sua condição de beneficiário. Havendo renúncia ao tratamento diferenciado, a Administração poderá desde logo inabilitar a beneficiária em razão de irregularidades em sua documentação fiscal, sem a concessão do prazo e sem a punição da empresa.

Em que pese o silêncio do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, os benefícios previstos relativamente à habilitação são estendidos ao cadastro de fornecedores, tendo em vista que o Certificado de Registro Cadastral substitui os documentos de habilitação, conforme art. 32, §2º, da Lei nº 8.666/1993, e art. 4º, inciso XIV, da Lei nº 10.520/2002, e tendo em vista que tal cadastro pode ser indispensável para a participação em determinadas modalidades de licitação<sup>230</sup>. O cadastro será realizado com a condição de que a empresa beneficiária deverá regularizar a documentação no prazo legal caso participe de licitação e nela sagre-se vencedora.

Em relação às prerrogativas concedidas às empresas beneficiárias na fase de proposta, contidas nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, é garantida a preferência nas contratações como critério de desempate, conforme segue:

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.

<sup>229</sup> SANTOS, Anacleto Abduch Santos. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 42.

<sup>230</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993. Art. 23, §§2º e 3º.

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.

Desde logo, é de se observar que estes procedimentos não serão utilizados quando a proposta inicial de menor valor tiver sido apresentada por microempresa, empresa de pequeno porte, cooperativa, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física e agricultor familiar, que atenderem os requisitos legais para receber o tratamento diferenciado e favorecido (art. 45, §2º). Nesta hipótese, a empresa beneficiária já será declarada vencedora do certame. Não sendo esse o caso, o art. 44 estabelece como empate, além da real identidade entre as propostas, as situações em que as propostas apresentadas pelas empresas beneficiárias forem superiores em até 10% (dez por cento) à proposta de menor preço, criando o que se pode chamar de empate ficto.

Ocorrendo empate (real ou ficto) entre a proposta de menor preço e a proposta apresentada por empresa beneficiária da Lei Complementar nº 123/2006, essa será convocada para apresentar nova proposta, inferior àquela considerada, até então, de menor valor, quando será declarada vencedora do certame. Independentemente da modalidade de licitação, se a empresa beneficiária melhor classificada não apresentar nova proposta, inferior à de menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais enquadradas na margem de benefício, a apresentação de nova proposta, no mesmo prazo e forma. Além disso, se houver duas ou mais empresas beneficiárias com propostas idênticas, será realizado sorteio entre elas para se estabelecer a ordem em que serão convocadas para a apresentação de nova proposta. Se nenhuma empresa atender a convocação, será declarado vencedor do certame o licitante detentor da proposta originariamente de menor valor.

Para as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, a Lei não estabelece a forma e o prazo para apresentação da nova proposta, omissão que deverá

ser suprida pelo edital para viabilizar o exercício desta prerrogativa, sendo que, em relação à forma, deverão ser mantidas todas as exigências feitas à apresentação da proposta original das empresas, inclusive no tocante à apresentação de planilha de quantitativos e custos unitários, se for o caso. Já na modalidade pregão, em que a margem para o empate ficto é reduzida para 5% (cinco por cento), o § 2º do art. 44 disciplina que a verificação da ocorrência do empate será feita após o encerramento da sessão de lances, sendo que a empresa beneficiária detentora da proposta de menor valor será convocada para apresentar nova oferta no prazo de 5 (cinco) minutos. Algumas vezes, para garantir a celeridade dos certames, especialmente se for pregão presencial, os editais fixam um tempo máximo para apresentação dos lances e/ou uma diferença mínima de valor entre eles, como critério de aceitabilidade da proposta. Contudo, essas são regras que conduzem a sessão de lances, já encerrada quando da aplicação do benefício da Lei Complementar nº 123/2006. Ou seja, quando a nova proposta for apresentada com fundamento no §2º do art. 45 da Lei Complementar nº123/2006, ela estará desvinculada dos critérios de aceitabilidade dos lances, devendo ser apresentada no prazo legal e bastando ser inferior àquela que, até então, era a de menor valor, para que a empresa beneficiária se sagre como a vencedora do certame.

Vale ressaltar que na preferência de contratação prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 não há possibilidade de a Administração desembolsar volume maior de recursos para contratar com as empresas beneficiárias, tendo em vista que o benefício consiste na possibilidade de alterar a proposta ofertada, para o fim de reduzi-la a patamar inferior ao obtido na proposta originariamente de menor valor. E mais, considerando que nas licitações do tipo melhor técnica e do tipo técnica e preço o fator “valor” não é determinante para a declaração do vencedor, o que bloqueia a utilização da prerrogativa prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, somente será possível a realização desses procedimentos nas licitações do tipo menor preço, independentemente da modalidade. Nesse sentido é o *caput* do art. 5º do Decreto 6.204/2007: “Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.”.

De acordo com o novo regramento do Decreto nº 8.538/2015, ainda em *vacatio legis*, será admitido tal procedimento nas licitações do tipo técnica e preço, conforme o § 8º do art. 5º, que prevê que “o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos

licitantes”, hipótese que será “facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior”. Porém, ainda que o empate seja verificado após a ponderação das notas técnicas com o elemento preço das propostas, considerando o objeto específico do certame, não necessariamente o preço será o melhor critério para o desempate. Justamente em razão do preço não ser determinante para a escolha do contratado é que se estabelece a *ponderação* entre a técnica e o preço, podendo ter o primeiro elemento peso maior do que o segundo, em razão da sua relevância para o objeto específico do certame, hipótese em que a aplicação dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 como critério de desempate poderá não conduzir à proposta mais vantajosa para a Administração, preferindo-se como desempate a melhor nota em determinado critério técnico relevante à execução contratual, por exemplo.

O segundo grupo de benefícios contemplados pela Lei Complementar nº 123/2006 é composto pelas hipóteses de licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 a 49. Na redação original do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, as licitações diferenciadas não eram autoaplicáveis, necessitando de regulamentação específica pelos entes da Federação e de expressa previsão no edital, mas esses dispositivos foram alterados pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, que os tornou autoaplicáveis, e até mesmo alguns deles impositivos. Para imprimir clareza ao trabalho, far-se-á a transcrição dos artigos em sua redação vigente, delegando à nota de rodapé a redação original, ainda que se faça referência a ela ao longo do texto.

De acordo com o art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, nas contratações públicas, deverá ser concedido tratamento diferenciado e favorecido às empresas beneficiárias, objetivando<sup>231</sup> 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”, conforme segue:

Art. 47. 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

---

<sup>231</sup> Vale referir que o art. 1º do Decreto nº 6.204/2007, assim como o art. 1º do Decreto Federal n.º 8.538/2015, vincula todos os benefícios das microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive as prerrogativas nas fases de habilitação e de proposta, aos objetivos elencados no art. 47, indicando ser esse o benefício extraeconômico do contrato vislumbrado nessa política.

social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Na redação original<sup>232</sup>, o art. 47 previa a concessão de tratamento diferenciado e privilegiado nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, passando a constar na redação atual: “Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal”, deixando de fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Se por um lado pode-se argumentar que as disposições relativas às licitações na Lei Complementar nº 123/2006 são normas gerais, devendo aplicar-se a toda a administração direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios (e também do Distrito Federal, ignorado pela norma em suas duas versões), por outro, a redação nova acaba por restringir o universo de destinatários, que antes estavam incluídos na descrição menos detalhada.

Tendo em vista a inclusão pela Lei nº 12.349/2010 do “desenvolvimento nacional sustentável” como objetivo da licitação na Lei nº 8.666/1993; tendo em vista a evidente opção do legislador das beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006 como indutoras desse desenvolvimento, inclusive com a inclusão pela Lei Complementar nº 147/2014 de um § 14 ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993, prevendo que “As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”, e de um art. 5º-A, determinando que “As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”; e tendo em vista que a Lei nº 8.666/1993 se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista, conforme seu art. 1º, é de concluir que as disposições relativas às licitações diferenciadas também devem ser observadas por essas entidades (e pelo Distrito Federal), em que pese ausência de previsão no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014.

---

<sup>232</sup> “Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.” (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 2012).

Além disso, como dito, a redação original indicava ser uma “faculdade” a realização das licitações diferenciadas e ser necessária a edição de lei específica<sup>233</sup>, por todos os entes públicos, disciplinando a matéria. Contudo, na redação vigente, dada pela Lei Complementar nº 147/2014, além da substituição da palavra “poderá” por “deverá”, foi retirada a exigência de regulamentação local, substituída pela previsão do parágrafo único, que determina a aplicação da legislação federal até que sobrevenha legislação específica e mais favorável dos demais entes:

Art. 47. [...]

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas<sup>234</sup>, 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.

JUSTEN FILHO<sup>235</sup> pondera que nas licitações diferenciadas, embora seja concedido o tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte, e estendido aos demais beneficiários já referidos, o objetivo não é apenas o incentivo aos beneficiários, que, no caso, serão alvo e instrumento da atuação administrativa, simultaneamente. Isso porque o art. 47 indica claramente os objetivos de “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”, a serem alcançados por intermédio das licitações diferenciadas, que são as seguintes:

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

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

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;

<sup>233</sup> O art. 77, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, estabelece o prazo de 1 (um) ano para que os entes públicos editem “as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 2012).

<sup>234</sup> A palavra “compras” conduziria a uma ideia de fornecimento de bens, excluindo a prestação de serviços e as obras, mas não foi esse o sentido utilizado pela Lei Complementar nº 123/2006, que a repetiu no inciso IV do art. 49, ao tratar de hipóteses de dispensa de licitação pelo valor, envolvendo fornecimento de bens, prestação de serviços e execução de obras.

<sup>235</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 109-110.

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.

§1º (Revogado).

§2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Na redação original do art. 48<sup>236</sup>, todas as hipóteses de licitação diferenciada eram facultativas, mas na redação atual, transcrita acima, dada pela Lei Complementar nº 147/2014, as hipóteses dos incisos I e III se tornaram impositivas. Essa alteração tem impacto significativo nas licitações, impondo alterações inclusive nos procedimentos de planejamento das contratações.

O inciso I trata da realização de licitação com a participação exclusiva das empresas beneficiárias, determinando a sua realização em todos os itens de contratações de valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Na redação original, o enquadramento no limite de valor deveria ser feito considerando o total da contratação de cada certame. Com a alteração legislativa posterior, o critério foi ampliado, tendo em vista que agora o enquadramento na hipótese de licitação diferenciada será feito item a item. Assim, ainda que o valor total previsto para contratação em determinado edital supere o limite legal, se os valores singulares dos itens forem inferiores ao estabelecido no art. 48, a participação na disputa desses itens será reservada às empresas beneficiárias.

<sup>236</sup> “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá 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);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.” (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 2012).

Dessa determinação legal derivam, ainda, outras questões, como a celebração de termos de aditamento aos contratos. Tendo em vista que a Lei Complementar nº 123/2006 prevê que o limite se refere à contratação, pode-se concluir que, ao realizar esta espécie de licitação, a Administração engessa o futuro contrato no teto fixado no inciso I do artigo 48, inviabilizando a celebração de termos de aditamento que conduzam o valor da contratação além do limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A segunda hipótese de licitação diferenciada impositiva está prevista no inciso III, que determina a reserva de cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto às empresas beneficiárias na contratação de bens de natureza divisível, ou seja, desde que seja técnica e economicamente viável sua execução por fornecedores distintos. Na redação original, além de ser uma faculdade a reserva de cotas, a sua aplicação era possível para os bens e também para os serviços de natureza divisível. Embora não esteja expresso no texto legal, a reserva de cota do objeto às empresas beneficiárias na contratação de bens de natureza divisível somente terá aplicação na contratação de itens de valor superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), pois os inferiores a tal limite estão todos reservados para as beneficiárias, conforme o inciso I examinado acima.

A possibilidade de fracionamento interno da licitação já estava prevista no art. 23, § 7º, da Lei nº 8.666/1993<sup>237</sup>, sendo que a novidade reside na sua imposição e na reserva de parcela do objeto a ser contratado a determinado tipo de empresa. RIGOLIN e BOTTINO fazem críticas veementes, asseverando ser imoral a reserva de parte do objeto a microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente de ser o preço superior ao da empresa vencedora da cota não reservada. De acordo com os autores, a lei permite desperdício de recursos públicos com propostas que não sejam as mais vantajosas ou até excessivas, chegando a afirmarem que o legislador “perdeu por completo o senso comum e o pouco do espírito que lhe restava, e o inciso deve merecer repúdio, o mais veemente, por parte de qualquer administrador sério”<sup>238</sup>.

Contudo, parece que a preocupação dos doutrinadores é exagerada. Em primeiro lugar, ainda que haja reserva de parcela do objeto às empresas beneficiadas,

---

<sup>237</sup> Art. 23. § 7º: “Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 6 jul. 1994).

<sup>238</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático das Licitações*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 554.

em momento algum a lei autoriza a contratação por preço excessivo. Independentemente de quem seja o autor da proposta, a Administração deverá sempre realizar um juízo da sua aceitabilidade. Além disso, o fato de haver diferenças entre as propostas da cota reservada e da cota principal não significa que ambas as propostas não contenham o elemento “vantajosidade”, pois a vantagem para a Administração não precisa ser exclusivamente econômica, como se sustenta nesse trabalho. É possível, se houver previsão legal, que o norte de determinada contratação seja a realização de outros fins que não o custo econômico. No caso do inciso III do artigo 48, assim como nas demais hipóteses do mesmo artigo, a vantagem será aferida não por critérios econômicos, mas pela potencialidade de alcance dos objetivos previstos no artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006. O que não se pode admitir é que uma mesma empresa ofereça propostas diferentes para o mesmo objeto. A empresa beneficiada não pode utilizar a reserva de parcela do objeto como meio de se enriquecer indevidamente<sup>239</sup>.

Vale referir que a reserva de cota não impede a empresa beneficiária de participar da cota “geral ou ampla”, sendo-lhe aplicáveis, nesse caso, as prerrogativas contidas nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006. Ou seja, além da exclusividade de participação na cota reservada, as empresas beneficiárias continuarão a gozar da preferência como critério de desempate na cota não reservada. Assim como poderá ser aplicada, na cota reservada, a preferência para a contratação de empresa beneficiária sediada local ou regionalmente, como se verá a frente.

Outra questão importante relativa à reserva de cotas está relacionada à operacionalização do sistema de registro de preços, em que não há a obrigatoriedade de a Administração contratar a totalidade da quantidade estimada no edital (art. 15, §4º, da Lei nº 8.666/1993), gerando a dúvida sobre a quem deve ser dada a ordem de fornecimento em caso de necessidade, tendo em vista existirem dois fornecedores distintos com preços registrados para o mesmo produto. A solução para o caso, tendo em vista o objetivo da norma, será exaurir a cota reservada para somente então, se ainda houver necessidade, adquirir-se os produtos da cota geral.

Outra hipótese de licitação diferenciada, essa facultativa, está prevista no inciso II do art. 48, que permite que a Administração imponha a subcontratação de empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006 na contratação de obras e serviços. Na redação original, havia a limitação da subcontratação ao percentual de 30% (trinta por

---

<sup>239</sup> Os Decretos Federais nºs 6.204/2007 e 8.538/2015 tratam da matéria no art. 8º.

cento) do objeto, que foi retirada pela Lei Complementar nº 147/2014. Contudo, isso não significa permitir uma subcontratação ilimitada, primeiro porque, se assim fosse, haveria a descaracterização da subcontratação para a cessão do contrato, não permitida pela norma em exame e vedada pelo inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/1993<sup>240</sup>; segundo porque permanece aplicável ao caso, de forma subsidiária, o art. 72, também da Lei nº 8.666/1993<sup>241</sup>, que vincula a possibilidade de subcontratação ao limite admitido pela administração. Assim, ainda que não haja o limite de 30% (trinta por cento) do objeto na Lei, um limite deverá ser determinado pela Administração no edital.

Pode-se cogitar como fundamento dessa hipótese de licitação diferenciada a possibilidade de a empresa beneficiária acessar determinadas contratações de maior complexidade técnica e operacional, que não seriam possíveis de execução por si só, bem como a potencialidade de transferência de conhecimento da grande empresa para a subcontratada durante a execução do objeto. Todavia, tendo em vista que a imposição de subcontratação é uma faculdade da Administração, entende-se necessária a motivação da sua adoção na fase interna do certame, sempre atrelada a algum dos objetivos do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

Para garantir já no certame que haverá a subcontratação exigida e para evitar que empresas que não atenderiam aos requisitos de habilitação participem da execução do contrato por meio da subcontratação (com burla às rígidas normas contidas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993), é necessário exigir-se que aquelas que serão subcontratadas apresentem igualmente os documentos de habilitação. Pode-se cogitar, porém, a possibilidade dos requisitos de qualificação técnica e/ou econômico-financeira serem apresentados de forma proporcional à participação da subcontratada na execução do objeto. Para tanto, será necessário que, no momento da habilitação, as empresas indiquem as beneficiárias e a parcela do objeto que será subcontratado.

Ainda relativamente à hipótese de subcontratação obrigatória, prevista no inciso II do artigo 48, importa referir que a Lei Complementar nº 123/2006 autoriza, no

---

<sup>240</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;” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 1994).

<sup>241</sup> “Art. 72. 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.” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 1994).

§ 2º do mesmo artigo, que os empenhos e pagamentos sejam realizados pela Administração Pública diretamente às empresas beneficiadas que tenham sido subcontratadas. Tal dispositivo, além de eliminar intermediários, está conectado com o art. 46 da Lei Complementar nº 123/2006, ainda pendente de regulamentação, que trata da possibilidade de as beneficiárias emitirem cédulas de crédito microempresarial quando forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos ou entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação.

Considerando os objetivos da Lei Complementar nº 123/2006, é razoável a previsão contida no § 1º do artigo 7º do Decreto nº 6.204/2007, de que não se aplica a exigência de subcontratação quando o licitante for empresa beneficiária da Lei ou nos casos de consórcios de microempresas e empresas de pequeno porte, com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação. O Decreto Federal nº 8.538/2015, no §6º do art. 7º, além da previsão de não aplicação da exigência nas hipóteses referidas acima, veda a realização de subcontratação da parcela de maior relevância técnica, definida no instrumento convocatório, de empresa beneficiária já participante do certame ou que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante. Além disso, tal como dito em relação ao inciso III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, somente poderá ocorrer a previsão de subcontratação para os itens acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista que nos inferiores apenas as empresas beneficiárias serão admitidas.

Outra importante alteração da Lei Complementar nº 147/2014 foi a inclusão do §3º no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, que prevê a possibilidade de “justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”. Essa preferência se aplica no âmbito das licitações diferenciadas e implica tratamento diferenciado entre as próprias beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, privilegiando o fornecedor local e regional sobre os demais. Tendo em vista a indicação de objetivos específicos no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, entende-se que a justificativa para a utilização dessa margem especial de preferência necessariamente deverá estar relacionada com 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”,

não podendo ser utilizadas razões como facilidade de controle da execução do contrato ou outra desvinculada da política posta no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

Em relação ao fornecedor *local*, entende-se que esse é aquele que está sediado no próprio Município onde está localizado o órgão ou entidade contratante, considerando a relação existente entre o âmbito local e a circunscrição territorial municipal extraível da sua regra de competência constante no art. 30, inciso I, da CRFB/1988. Porém, é necessário se estabelecer o que se compreende por fornecedor regional, tendo em vista que pode se referir a regiões por critérios geográficos, políticos, socioeconômicos, entre outros. O estabelecimento da definição de região pelo ente responsável pela licitação pode gerar licitações com diferentes abrangências, de acordo com o órgão ou entidade contratante, ainda que sob o fundamento de uma mesma norma, mas isso é muito menos problemático do que a falta de objetividade no julgamento das licitações.

O Decreto Federal nº 8.538/2015, em seu art. 1º, §2º, conceitua âmbito local como os “limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação” e como âmbito regional os “limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”. A definição de âmbito local, como já afirmado, é de fácil precisão, mas, em que pese a conceituação constante no Decreto Federal, ainda assim não há delimitação precisa do que seria âmbito regional, necessitando de clara delimitação, ao menos no edital.

Ademais, o Decreto Federal nº 8.538/2015, no §3º do art. 1º, admite a utilização de outro critério de definição de âmbito local ou regional pelo edital, desde que justificadamente e desde que o critério atenda aos objetivos do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006. Assim, por exemplo, poderiam ser considerados como âmbito regional os limites de atuação dos Conselhos Regionais de Desenvolvimento – COREDES – no qual a Administração contratante estiver inserida, se for o caso. No Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com a Lei Estadual nº 10.283, de 17 de outubro de 1994, art. 2º, os COREDES objetivam:

[...] a promoção do desenvolvimento regional, harmônico e sustentável, através da integração dos recursos e das ações de governo na região, visando à melhoria da qualidade de vida da população, à distribuição equitativa da riqueza produzida, ao estímulo à permanência do homem em sua região e à preservação e recuperação do meio ambiente.

Assim, havendo afinidade entre os objetivos da Lei Complementar nº 123/2006 e os objetivos da criação dos COREDES, entende-se possível a utilização desses como referência para o estabelecimento da abrangência de âmbito regional para fins de tratamento diferenciado para as empresas beneficiárias. A denominação e a abrangência territorial dos COREDES foram estabelecidas pelo Decreto Estadual nº 35.764, de 28 de dezembro de 1994, podendo o seu perfil econômico ser consultado no sítio eletrônico da Fundação de Economia e Estatística do Estado do Rio Grande do Sul – FEE<sup>242</sup>.

O art. 48, em seu §1º, revogado pela Lei Complementar nº 147/2014, previa que a soma de todas as contratações realizadas por meio de qualquer destas três espécies de licitações diferenciadas não poderia ultrapassar o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor total das contratações efetivadas em cada ano civil. Essa limitação seria de difícil cumprimento pelos órgãos públicos de orçamentos menos pujantes tendo em vista a determinação de licitação com participação exclusiva de empresas beneficiárias nas contratações de itens inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Porém, a Lei Complementar nº 123/2006 ainda impõe alguns limites à possibilidade de realização de licitação diferenciada no art. 49, que assim determina:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA – FEE – O perfil socioeconômico RS – Coredes apresenta características socioeconômicas dos Coredes existentes até 2013. Disponível em: <<http://www.fee.rs.gov.br/perfil-socioeconomico/coredes>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>243</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 2006.

A Lei Complementar nº 147/2014 revogou o inciso I e alterou a redação do inciso IV do art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006. Na redação original<sup>244</sup>, o inciso I afastava a possibilidade de utilização das licitações diferenciadas se os critérios de tratamento diferenciado e simplificado não estivessem expressamente previstos no edital. Em que pese a sua revogação, não se vê como possível afastar a necessidade de previsão no edital para as hipóteses de utilização facultativa, como é o caso da licitação diferenciada com previsão de subcontratação e com a margem adicional de preferência para os fornecedores locais<sup>245</sup>.

Contudo, permanece vigente a impossibilidade de utilização de licitação diferenciada quando: (a) não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados nos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; (b) o tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; ou (c) a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, ressalvadas as hipóteses de dispensa de licitação pelo valor da contratação (incisos I e II do art. 24).

A necessidade de existência mínima de três fornecedores competitivos enquadrados como beneficiários sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório visa à preservação de um mínimo de competitividade nessas licitações, sendo de menção obrigatória na fase interna em praticamente todas as licitações, porque haverá a necessidade de comprovação do preenchimento desse requisito para a realização de qualquer licitação diferenciada (obrigatória ou facultativa) ou de comprovação do não preenchimento, para

---

<sup>244</sup> “Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 2006).

<sup>245</sup> Nesse sentido é o art. 11 do Decreto Federal nº 8.538/2015.

liberar a Administração contratante do dever de realizar licitação exclusiva ou com reserva de cota.

Para cumprimento dessa exigência, o Decreto nº 6.204/2007, no inciso I do art. 2º<sup>246</sup>, prevê a criação de cadastro (ou adaptação de eventuais cadastros já existentes) de microempresas e empresas de pequeno porte, de livre acesso por terceiros, para identificar as empresas sediadas local e regionalmente, com as respectivas áreas de atuação. O objetivo deste cadastro é possibilitar o controle do atendimento à exigência do inciso II do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, bem como facilitar a formação de parcerias e subcontratações. Embora este Decreto se aplique apenas para a Administração Pública Federal, e tenha sido editado na vigência da redação anterior da Lei Complementar nº 123/2006, essa parece ser uma medida recomendável a todos os entes públicos.

A Lei Complementar nº 123/2006 impede, ainda, o tratamento diferenciado e simplificado quando esse não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Essa vedação está vinculada à finalidade da licitação e seria aplicável ainda que a Lei não a houvesse expressamente previsto. O parágrafo único do art. 9º do Decreto Federal nº 6.204/2007 estabelece que se considera como não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência<sup>247</sup>. Esse dispositivo estabelece um critério de aceitabilidade das propostas em licitações diferenciadas, o que é recomendável ser expressamente previsto no edital, tal como prevê o art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993.

A Lei Complementar nº 123/2006 também veda o tratamento diferenciado quando a licitação for dispensável (art. 24 da Lei nº 8.666/1993) ou inexigível (art. 25 da Lei nº 8.666/1993). Essa vedação, em um primeiro momento, gera perplexidade, pois é exatamente nas contratações diretas que se admite uma maior discricionariedade do gestor público na escolha do contratado. Porém, em um exame mais aprofundado, importantes informações são extraídas desse dispositivo. As hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação muitas vezes são elas mesmas portadoras de preferências para determinadas pessoas, como, por exemplo, os arts. 24, inciso XIII<sup>248</sup>, e 25, inciso

---

<sup>246</sup> Disposição idêntica consta no mesmo artigo do Decreto Federal nº 8.538/2015.

<sup>247</sup> Disposição semelhante pode ser encontrada no art. 10, parágrafo único, inciso II, do Decreto Federal nº 8.538/2015.

<sup>248</sup> “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de

III<sup>249</sup>, tendo em vista determinados fins, que seriam suplantados ou prejudicados pela incidência das normas do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006. Além disso, a vedação ao tratamento diferenciado quando a licitação foi dispensável ou inexigível preserva a necessidade de o administrador justificar, na forma do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, a escolha do fornecedor e/ou prestador de serviços quando houver contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, não sendo suficiente para tanto a mera invocação do tratamento diferenciado constante na Lei Complementar nº 123/2006.

Além disso, tendo sido a licitação diferenciada deserta, não há a possibilidade de se invocar o permissivo constante nos incisos V do art. 24 da Lei nº 8.666/1994, que assim dispõe: “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”. De acordo com esse dispositivo, para a realização da dispensa de licitação é necessária a conjugação de três requisitos: ter a licitação resultada deserta; haver a impossibilidade de realização de nova licitação sem prejuízo à Administração; e a manutenção de todas as condições do edital anterior, que, no caso, teria previsão de participação exclusiva de beneficiárias, ou reserva de cotas ou, ainda, imposição de subcontratação. Porém, o preenchimento desse último requisito fica prejudicado pela vedação de concessão do tratamento diferenciado em processo de dispensa de licitação. Essa vedação tem especial importância para as hipóteses em que a utilização da licitação diferenciada é facultada à Administração, que restringiria volitivamente o universo de participantes em um certame, para autorizar, na sequência, a realização de contratação direta, sob o fundamento de que o mesmo resultou deserto, o que poderia favorecer a realização de licitações fraudulentas, destinadas a dar aparência de legalidade às contratações sem licitação.

Porém, foram ressalvadas dessa vedação as contratações de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 8.000,00 (oito mil

---

instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 1994).

<sup>249</sup> “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 1994).

reais) para as compras e demais serviços, previstas nos incisos I e II do art. 24<sup>250</sup>. Aliás, para essas hipóteses, além de não se aplicar a vedação, a contratação será feita preferencialmente com as empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006.

Feitas essas considerações, retoma-se que a Lei Complementar nº 123/2006 também tem entre seus objetivos estimular o associativismo, conforme inciso III do art. 3º, em sintonia com o que dispõe o §3º do art. 174 da Constituição da República. Por essa razão, conforme já antecipado, embora não esteja expresso no texto do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, pois regulamentado pela Lei nº 11.488/2007, art. 34, os benefícios previstos no Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006 são aplicáveis às cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite das empresas de pequeno porte, hoje R\$ 3.6000.000,00 (três milhões e seiscientos mil reais), nela incluídos atos cooperados e não cooperados. As cooperativas são sociedades de pessoas, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados<sup>251</sup>, com regime jurídico próprio instituído pela Lei nº 5.763, de 16 de dezembro de 1971.

Porém, os benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006 não são os únicos presentes na legislação de Direito Administrativo Contratual, atinentes às cooperativas e outras formas associativas. Em 05 de janeiro de 2007, com a publicação da Lei nº 11.445, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, foi incluído o inciso XXVII no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, tornando dispensável a licitação para a contratação de cooperativas de catadores, desde que preenchidas as seguintes condições:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de

---

<sup>250</sup> Esses valores são duplicados para as contratações realizadas por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas, conforme §1º do art. 24.

<sup>251</sup> Art. 3º: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.” (BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1971) .

equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.<sup>252</sup>

Essa hipótese de dispensa de licitação pode ser relacionada ao incentivo às cooperativas, como meio de formalização das atividades dos catadores de materiais recicláveis, mas também ao incentivo ao desenvolvimento sustentável, tendo em vista tratar de saneamento básico, em especial de reciclagem e reaproveitamento de resíduos sólidos, bem como da inclusão social de pessoas em situação de evidente vulnerabilidade. Por essas razões, o Decreto nº 7.404/2010, que institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, prevê a priorização à participação de cooperativas ou de outras formas de associação dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda no sistema de coleta seletiva de resíduos sólidos e de logística reversa (art. 40), sendo que as políticas públicas voltadas a esse público – entre outras ações - deverão observar a possibilidade de contratação por dispensa de licitação, mencionada anteriormente (art. 44, inciso I).

Em relação às cooperativas, interessante observar que havia um debate sobre a possibilidade de sua participação nos processos licitatórios; ou melhor, sobre a possibilidade de vedar a sua participação em processos licitatórios, especialmente<sup>253</sup> em se tratando de cooperativas de trabalho, como medida de preservação do patrimônio público, em decorrência de que, ao longo do tempo, diversas sociedades, que deveriam ser enquadradas como verdadeiras empresas<sup>254</sup>, em razão dos seus objetivos

---

<sup>252</sup> BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 jan. 2007.

<sup>253</sup> Outro motivo eventualmente invocado para a pretensão de afastamento das cooperativas dos certames licitatórios era o seu regime jurídico, ou seja, ao argumento de que não teriam os mesmos encargos das empresas, desequilibrando a competição. Contudo, tais circunstâncias “não impedem as cooperativas de participar das licitações promovidas pelo Poder Público. O princípio da igualdade, que rege as licitações, não diz respeito à condição jurídica dos seus licitantes, mas sim às obrigações estabelecidas para sua participação no certame. [...] A igualdade é de condicionamentos impostos aos licitantes, não igualdade entre os licitantes.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.37-38.)

<sup>254</sup> No verbete “Cooperativa de trabalho” do Novo Dicionário de Direito Econômico, da Fundação Brasileira de Direito Econômico, há o alerta de que a “doutrina tem chamado a atenção para as cooperativas de trabalho, especialmente as de profissionais liberais autônomos e as de mão-de-obra. Estas últimas podem vir à materializar fraude à legislação trabalhista, quando estiverem ausentes os requisitos das cooperativas verdadeiras – autogestão, adesão voluntária, autonomia, objetivo comum ligado por solidariedade, continuidade, integralidade, voluntariedade”. (In: NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 140-141)

institucionais e da forma de execução das suas atividades<sup>255</sup>, se constituíram como cooperativas, burlando os direitos sociais dos seus trabalhadores<sup>256</sup>, em decorrência de diversas condenações judiciais<sup>257</sup>, responsabilizando o ente contratante por encargos não recolhidos regularmente<sup>258</sup>.

No Poder Judiciário, as decisões a respeito da possibilidade de vedar a participação de cooperativas em licitações eram diversas, inclusive no âmbito de um mesmo tribunal, conforme demonstram as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, citadas para ilustrar tal divergência:

<sup>255</sup> Sobre as finalidades das cooperativas, importante referir as observações de CAMARGO: “As cooperativas constituem empresas desprovidas de intuito lucrativo, traduzindo a união de esforços no sentido de reconhecer a identidade da necessidade de algumas pessoas que a ela se dedicam, correspondendo seu objetivo específico, precisamente, às necessidades a serem satisfeitas, traduzindo, em si mesmas, verdadeira adequação conceitual da economicidade concebida como transcendente da visão comprometida exclusivamente com o conceito de lucratividade, reportando-se, antes, à idéia de ‘maior vantagem’, como nota essencial, eidética, da economia”. (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 161)

<sup>256</sup> Em razão do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, que assim dispõe: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

<sup>257</sup> A matéria foi sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, Súmula 331, que, após o julgamento da ADC 116, relativa ao art. 71 da Lei n.º 8.666/1993, passou a ter a seguinte redação: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

<sup>258</sup> O regime jurídico aplicável às cooperativas não difere daquele aplicável às demais empresas apenas no tocante à relação entre as cooperativas e seus cooperados, com reflexos no âmbito do Direito do Trabalho, mas também em relação à incidência de tributos, obrigações comerciais, dentre outras. Por essa razão, CAMARGO ressalva: “Outrossim, mister se faz tomar todos os cuidados para que se não utilize esse poderoso instrumento voltado a superar alguns dos mais sérios problemas do capitalismo – a tendência à concentração da riqueza, a exclusão de grande parte da população do acesso aos bens de consumo – como um simples expediente destinado à criação de condições privilegiadas de concorrência, inclusive com tratamento tributário privilegiado”. (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 167)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. IM-PEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. O art. 37, XXI, da CF/88 e o art. 3º, caput, da Lei 8.666/90 não repelem toda e qualquer discriminação, mas o tratamento jurídico diferenciado deve ser compatível com a diferença efetiva no mundo real. Sem comprovação de que a agravante descumpra os requisitos exigidos pelo Edital, em nome do princípio da isonomia, não cabe a vedação de sua participação, simplesmente pelo fato de ser uma cooperativa. Ademais, cabe ao ente público a tarefa de averiguar, em cada certame, a identificação das falsas e das genuínas cooperativas de trabalho. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, POR MAIORIA.<sup>259</sup>

REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA. VEDAÇÃO. POSSIBILIDADE. Mostra-se possível o Edital de licitação vedar a participação de cooperativas de mão-de-obra, sem que isso implique em afronta aos Princípios da Isonomia e Finalidade de Seleção da proposta mais vantajosa. Assevera-se, oportunamente, que na contratação deve a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço. Cabe a Administração precaver-se da ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, já que poderá ser condenada, em eventual ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver meios de acautelar-se preventivamente. Sentença modificada em reexame necessário.<sup>260</sup>

Observa-se que as decisões são posteriores à Lei nº 11.455/2007, como também são posteriores à Lei nº 11.488/2007, ou seja, quando já se aplicavam às cooperativas os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006, que não só pressupõe a sua possibilidade de participação em licitação como ainda lhes assegura preferência na contratação. Talvez diante dessa resistência da Administração Pública em contratar com cooperativas, pelas razões já expostas, o legislador entendeu por bem incluir expressamente no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, a vedação a cláusulas e condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, inclusive nos casos de sociedade cooperativa, o que foi feito por meio da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Porém, tal previsão não foi suficiente para resolver a questão, diante da real possibilidade de lesão ao erário em ações trabalhistas. O Tribunal de Contas da União, em 11 de julho de 2012, consolidou seu entendimento sobre a matéria na sua Súmula 281, com a seguinte redação:

<sup>259</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70031867393. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 27 out. 2010.

<sup>260</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Reexame Necessário nº 70034938639. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Julgado em 17 nov. 2010.

É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

Vale destacar que a existência de hierarquia, subordinação e habitualidade, a que se referem as decisões mencionadas e a Súmula 281 do TCU, são entre a sociedade contratada e o pessoal que executará efetivamente o serviço, porque isso caracterizaria uma burla à legislação trabalhista. Se houver, pela natureza da atividade, os elementos referidos acima (hierarquia, subordinação e habitualidade) entre a Administração e o pessoal que executará o serviço, não será sequer possível a terceirização (seja contratando sociedade cooperativa, seja contratando sociedade empresária), por descaracterizar a prestação de serviços, configurando contratação de pessoal, com burla aos procedimentos próprios, tendo em vista o princípio da primazia da realidade que rege as relações de trabalho.

Em 19 de julho de 2012, ou seja, uma semana após a edição da Súmula nº 281 do TCU, foi publicada a Lei nº 12.690, que dispõe sobre a organização e o funcionamento de cooperativa de trabalho<sup>261</sup>. Na definição da Lei nº 12.690/2012, cooperativa de trabalho é “a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho” (art. 2º, *caput*), podendo ser de produção (art. 4º, inciso I) ou de serviço (art. 4º, inciso II). Dentre os princípios e valores que regerão as cooperativas de trabalho, está a não precarização do trabalho (art. 3º, inciso X), razão pela qual é expressamente vedada a sua utilização “para intermediação de mão de obra subordinada” (art. 5º), sob pena de aplicação de multa à cooperativa e ao contratante de seus serviços (art. 17).

A Lei nº 12.690/2012 determina que a execução das atividades por cooperativa de serviços, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação, cujo mandato será de no máximo 1 (um) ano (ou ainda pelo tempo necessário a consecução da atividade), eleita pelos próprios sócios que

---

<sup>261</sup> Estão excluídas das regras estabelecidas pela Lei Federal nº 12.690/2012, conforme o parágrafo único do art. 1º, as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar (inciso I); as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo Poder Público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho (inciso II); as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos (inciso III); e as cooperativas médicas cujos honorários sejam pagos por procedimento (inciso IV).

executarão as atividades, em reunião específica, quando serão expostos os requisitos para a sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio (art. 7º, §6º). Especificamente no tocante aos contratos administrativos, esse coordenador será o preposto da cooperativa nos assuntos relativos à execução do contrato (art. 68 da Lei nº 8.666/1993), de forma que as recomendações e as determinações do fiscal (art. 67 da Lei nº 8.666/1993) serão dirigidas diretamente a esse coordenador, e não ao pessoal que executará o serviço, por um lado viabilizando uma unicidade na prestação do serviço dos cooperados, por outro lado evitando a configuração de hierarquia e subordinação entre esses últimos e o Município<sup>262</sup>.

Além disso, novamente é reforçada a impossibilidade de impedimento de restrições à participação de cooperativas nas licitações, mediante a previsão de que a cooperativa de trabalho, observando as normas da Lei Federal nº 12.690/2012, poderá adotar por objeto social, em seu estatuto, qualquer gênero de serviço, operação e atividade (art. 10), não podendo ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços previstos em seu objeto social (art. 10, §2º). Com isso, parece superada a questão da possibilidade de participação de cooperativas em licitação, em que pese ainda existirem decisões judiciais entendendo pela possibilidade de vedação à participação de cooperativa em licitações para a contratação da prestação de serviços<sup>263</sup>.

Importa referir que as medidas de incentivo ao cooperativismo e ao associativismo não se encerram no art. 24, inciso XXVII, da Lei nº 8.666/1993, e na Lei Complementar nº 123/2006. A Medida Provisória nº 455, de 28 de janeiro de 2009,

---

<sup>262</sup> A publicação da Lei nº 12.690/2012 não invalida a Súmula nº 281 do TCU, pois também veda a utilização da cooperativa de trabalho para intermediação de mão de obra subordinada. Porém, a partir da sua edição, para a não configuração da subordinação, será necessário exigir, quando da assinatura do contrato, a ata da reunião em que foram expostos os requisitos de execução da atividade, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada um dos participantes, bem como eleita a coordenação e o seu período de mandato. Essa exigência, por decorrer da Lei, poderá ser feita independente de expressa previsão no edital, mas é recomendável que a obrigação da contratada de apresentar esse documento seja regulada no instrumento convocatório.

<sup>263</sup> Vale observar que, no acórdão dessa recente decisão, não há menção à Lei nº 12.690/2012, sendo que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça utilizados como fundamento lhe são anteriores: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. EDITAL QUE PREVÊ A PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. LEGALIDADE. Segundo o entendimento do STJ, é legal a previsão editalícia que proíbe a participação de cooperativa em licitações de serviços de mão-de-obra, porque nestes casos é provável que venham a ser reconhecidas relações de emprego entre o licitante e o cooperativado, diante da impositividade da legislação trabalhista. Precedentes jurisprudenciais. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70062737812. Relator: João Barcelos de Souza Junior. Julgado em 03 jun. 2015).”.

convertida na Lei nº 11.947, 16 de junho de 2009, em seu art. 14, determina que dos recursos financeiros repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE -, no âmbito do Programa Nacional da Alimentação Escolar – PNAE - , no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas<sup>264</sup>. De acordo com essa mesma Lei, art. 14, §1º<sup>265</sup>, tal contratação pode ser realizada mediante dispensa de licitação.

Esse dispositivo foi regulamentado inicialmente pela Resolução FNDE nº 38, de 16 de julho de 2009, que foi revogada pela Resolução FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013 (atualmente vigente na redação dada pela Resolução FNDE nº 04, de 02 de abril de 2015). Ambas as normas disciplinaram a contratação direta sob um procedimento denominado de “chamada pública”, que prioriza os fornecedores locais; os assentamentos de reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas; os fornecedores de gêneros alimentícios certificados como orgânicos ou agroecológicos, segundo a Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003; os Grupos Formais (cooperativas e associações) sobre os Grupos Informais e destes sobre os Fornecedores Individuais. Embora esse procedimento tenha como objetivo evidente o aumento da qualidade na alimentação escolar<sup>266</sup>, é inegável que há subjacente um objetivo de fomento econômico, tendo em vista que o critério de menor preço sequer é ponderado para a definição do contratado, que será feito considerando o perfil do fornecedor, inclusive priorizando os grupos formais aos informais, incentivando a formalização mediante cooperativismo e associativismo.

O “porém” desse procedimento é que as normas gerais de licitação, inclusive as hipóteses em que essa é afastada, necessariamente devem ser normas nacionais. Contudo, tendo em vista que a hipótese criada pela Lei nº 11.947/2009, que acaba sendo

---

<sup>264</sup> “Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.”.

<sup>265</sup> “Art. 14. § 1º A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.”.

<sup>266</sup> Vale referir que o Decreto Federal nº 8.553/2015, que institui o pacto nacional para alimentação saudável tem entre suas diretrizes fortalecer as políticas de promoção da organização e da comercialização da produção da agricultura familiar.

explicitada por uma Resolução, trata apenas de um programa federal, com utilização de verba federal, impedindo a execução de medida semelhante dos demais entes com recursos próprios, maculando a constitucionalidade do procedimento, embora não exista nenhum questionamento a esse respeito no Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre as cooperativas, em 20 de dezembro de 2013, por meio do Decreto nº 8.163, foi criado o Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo Social (Pronacoop Social), com a finalidade de planejar, coordenar, executar e monitorar as ações voltadas ao desenvolvimento de cooperativas sociais e dos empreendimentos econômicos solidários sociais<sup>267</sup>. Dentre os objetivos do Pronacoop Social, expressos no art. 4º do Decreto nº 8.163/2013, está a formalização dos empreendimentos econômicos solidários sociais em cooperativas (inciso I) e a promoção do acesso a mercados e à comercialização da produção das cooperativas sociais e dos empreendimentos econômicos solidários sociais (inciso IV), prevendo como instrumento do programa, entre outras medidas, a “abertura de canais de comercialização dos produtos e serviços, que possibilitem o acesso das cooperativas sociais e empreendimentos econômicos solidários sociais às compras públicas” (art. 5º, inciso IV). Porém, ressalvados os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006, aplicáveis a todas as cooperativas, não existe outra prerrogativa às cooperativas sociais nas contratações públicas.

Conforme mencionado anteriormente, o legislador elegeu determinadas pessoas como indutoras do desenvolvimento econômico, mas também elegeu áreas que servirão de alavancagem ao desenvolvimento, criando preferências nas contratações, que às vezes se fundem em um mesmo benefício, como é o caso das licitações diferenciadas e os objetivos a serem por elas alcançados, mas às vezes se sobrepõem, sendo necessário conhecer as diferenças e estabelecer a ordem de prioridades, o que se passa a fazer.

---

<sup>267</sup> Art. 2º, inciso I, do Decreto nº 8.163/2013: “cooperativas sociais - cooperativas cujo objetivo é promover a inserção social, laboral e econômica de pessoas em desvantagem, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999;”.

Art. 2º, inciso II, do Decreto nº 8.163/2013: “empreendimentos econômicos solidários sociais - organizações de caráter associativo que realizam atividades econômicas, cujos participantes sejam pessoas em desvantagem, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.867, de 1999, e exerçam democraticamente a gestão das atividades e a alocação dos resultados.”.

Art. 3º da Lei nº 9.867/1999: “Consideram-se pessoas em desvantagem, para os efeitos desta Lei: I – os deficientes físicos e sensoriais; II – os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; III – os dependentes químicos; IV – os egressos de prisões; V – (VETADO) VI – os condenados a penas alternativas à detenção; VII – os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.”.

## 2.2 Fomento em áreas: estímulo ao mercado nacional, à proteção do meio ambiente e à inovação tecnológica

Tendo em vista os objetivos de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração e de preservar o princípio da isonomia, a Lei nº 8.666/1993, no art. 3º, veda expressamente a concessão de tratamento diferenciado para bens e fornecedores em razão da sua origem ou outro fator irrelevante ou impertinente para o objeto específico do certame. Contudo, esse mesmo art. 3º, já em sua redação original, previa uma exceção a tal vedação: a preferência como critério de desempate, para os bens produzidos ou serviços prestados por empresas brasileiras de capital nacional; os produzidos no País; e produzidos ou prestados por empresas brasileiras, nessa ordem. O fundamento jurídico dessa preferência era o art. 171 das Constituição da República, que definia empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, prevendo expressamente benefícios na contratação de bens e prestação de serviços com essa última. Esse dispositivo foi revogado em 1995, pela Emenda Constitucional nº 6, sendo os benefícios do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, como critério de desempate, tidos como derogados desde então.

Sobre o tema, CAMARGO ensina que:

A Constituição de 1988, em seu texto originário, estabeleceu distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Parte-se do pressuposto que há empresas que tem nacionalidade que lhe convier, são as empresas transnacionais.

O art. 171 da Constituição Federal foi revogado pela EC 6, de 1995, justamente ao argumento – derrotado quando da elaboração do texto original – de que a distinção condenaria o país a manter-se fora de um contexto econômico em que o livre mercado promoveria a integração entre os povos, eliminando, destarte, os motivos para as desavenças e possibilitando o aumento do bem estar social, reduzindo o espaço do Estado e aumentando o da sociedade, a despeito de existirem, corroborando a orientação adotada no Texto originário da Constituição brasileira, precedentes nos EUA estabelecendo, inclusive, maiores restrições ao capital alienígena.<sup>268</sup>

Em outra obra, o mesmo autor refere que, na vigência da Emenda Constitucional nº 1/1969, se discutia a possibilidade de privilegiar as empresas nacionais na contratação de bens e serviços com o Poder Público. Como argumento

---

<sup>268</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 147.

contrário havia a quebra do princípio da isonomia e a inadequação do critério – nacionalidade – para o estabelecimento da diferenciação; como argumento favorável, a tese de que a vedação de discriminação se aplicaria apenas entre os próprios nacionais<sup>269</sup>.

A partir desses debates é que se construiu o conceito de empresa brasileira de capital nacional utilizado no art. 171 da CRFB/1988, já revogado<sup>270</sup>. A revogação do dispositivo constitucional, contudo, não elimina a possibilidade de o Poder Público incentivar as empresas brasileiras<sup>271</sup>, tendo em vista o objetivo fundamental da República de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da CRFB/1998) e a soberania nacional como fundamento da República e princípio da ordem econômica (art. 1º, inciso I, e art. 170, inciso I, da CRFB/1988), além da integração do mercado interno como patrimônio público nacional (art. 219 da CRFB/1988):

O artigo 219 da Constituição Federal integra o mercado interno ao patrimônio público nacional. Ele abre a possibilidade da adoção de medidas protecionistas, justamente porque se tem a questão da produção para o complexo das relações de oferta e procura no território nacional, e tutela a higidez do mercado interno, no que tange ao comportamento dos agentes dotados de suficiente poder econômico para o distorcerem. Por outro lado, ao integrá-lo no patrimônio público, vem abrir a possibilidade de sua tutela mediante a ação popular, voltada, na tradição constitucional brasileira à proteção deste bem.<sup>272</sup>

Nessa linha, em 19 de junho de 2010, a Medida Provisória nº 495 incluiu no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, entre as finalidades da licitação, também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, restabelecendo e criando novas prerrogativas para o mercado nacional, além de estimular a proteção ao meio ambiente e a inovação tecnológica. Dentre essas prerrogativas está a preferência, como critério de desempate, para bens e serviços produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras ou por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologias no País, nesta ordem. Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010, já convertida na Lei nº 12.349/2010, resta claro o objetivo de estímulo ao

---

<sup>269</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 42.

<sup>270</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 42.

<sup>271</sup> Sobre o tema, vide GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 267-275.

<sup>272</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 148.

mercado nacional e o reconhecimento da importância das contratações públicas para tanto.

Por meio da Medida Provisória nº 495/2010, ainda foram acrescentados no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 os §§ 5º ao 12, que dependem de regulamentação pelo Poder Executivo Federal, conforme expressa previsão do §8º. Na redação da Medida Provisória nº 495/2010, os §§ 5º ao 9º tratavam da possibilidade de serem estabelecidas *margens* de preferências para produtos manufaturados e serviços nacionais, cujos conceitos foram incluídos nos incisos XVII e XVIII do art. 6º da Lei<sup>273</sup>. Assim, a preferência para esses objetos vai além de mero critério de desempate de propostas, como é caso dos arts. 44 e 45 do Estatuto da Microempresa. Essas margens podem ser de até 25% (vinte e cinco por cento) acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, estabelecidas com base em estudos que levem em consideração geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, conforme previsão do §6º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, incluído também pela Medida Provisória nº 495/2010. E mais, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Vale destacar que o §10 do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, na redação da Medida Provisória nº 495/2010, previa que a margem seria “estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, após a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul” e *poderia* ser “estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais”.

O §11 trata da possibilidade de exigência de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições especiais de financiamento, em favor do órgão ou entidade contratante, e o §12 trata da possibilidade de realizar licitação exclusiva para bens e serviços de tecnologia desenvolvida no país, destinados à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento de Tecnologia da Informação e

---

<sup>273</sup> “XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal;”.

“XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal;”.

comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, conforme definição incluída no inciso XIX do art. 6º da Lei nº 8.666/1993.<sup>274</sup>

Em 16 de dezembro de 2010, a Medida Provisória foi convertida na Lei nº 12.349, que, além de adequações na redação dos artigos alterados, acresceu o dever das margens de preferência serem revistos a cada 5 (cinco) anos, levando em consideração (além dos critérios anteriores de geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País), o custo adicional dos produtos e serviços e a análise retrospectiva de seus resultados, e, ainda, incluiu o §13, que impõe o dever de divulgação anual, na internet, das empresas beneficiárias e os volumes de recursos destinados a cada uma delas em razão desses benefícios.

As redações vigentes dos §§ 5º a 13 da Lei nº 8.666/1993, incluídos pela Lei nº 12.349/2010, são as seguintes:

Art. 3º [...]

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul

<sup>274</sup> “XIX - sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia 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 confidencialidade.”.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 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.

§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

A utilização dessas margens de preferências depende de regulação pelo Poder Executivo Federal. Em 02 de agosto de 2011, foi editado o Decreto nº 7.546, definindo as margens de preferências normais e adicionais<sup>275</sup>, que são cumulativas, entre outros conceitos necessários à aplicação dos novos parágrafos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Além disso, esse Decreto institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas, com competência para elaborar proposições normativas relativas às margens de preferências e avaliar o impacto econômico dessas medidas, entre outras.

O Decreto nº 7.546/2011 prevê que nas licitações no âmbito da administração federal, assim entendida os órgãos de administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União (art. 3º, §1º), *será assegurada* margem de preferência para produtos e serviços nacionais e serviços nacionais, na forma prevista em regulamentos específicos (art. 3º, *caput*). Em relação aos demais Poderes da União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o Decreto nº 7.546/2011 prevê que esses *poderão adotar* as margens de preferências estabelecidas pelo Poder Executivo federal (art. 3º, §2º).

Além disso, o Decreto nº 7.546/2011 esclarece que as margens de preferência serão calculadas em termos percentuais em relação à proposta melhor classificada para

<sup>275</sup> “Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - Margem de preferência normal - diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais;

II - Margem de preferência adicional - margem de preferência cumulativa com a prevista no inciso I do *caput*, assim entendida como o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais;”.

produtos manufaturados estrangeiros ou serviços estrangeiros (art. 3º, §3º), e também que as margens não serão aplicadas quando a capacidade de produção ou de prestação no país for inferior a quantidade demandada na licitação (art. 4º, *caput*) ou, ainda, inferior ao quantitativo mínimo fixado no edital (art. 4º, parágrafo único), quando prevista a possibilidade de fracionamento interno, na forma do art. 23, §7º, e em conformidade com o art. 3º, §9º, ambos da Lei nº 8.666/1993.

A partir de então, diversos decretos foram editados, regulamentando diferentes margens, para diferentes produtos, elencados abaixo de forma resumida, em ordem cronológica:

1) Decreto nº 7.709, de 03 de abril de 2012 (alterado pelo Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013): estabelece margens de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de motoniveladoras, pás mecânicas, escavadores, carregadoras, pás carregadoras e retroescavadeiras, com validade até 31 de dezembro de 2015;

2) Decreto nº 7.713, de 03 de abril de 2012 (alterado pelo Decreto 8.225, de 03 de abril de 2014): estabelece margens de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de fármacos e medicamentos, com validade até 31 de dezembro de 2015 ou 30 de março de 2017, conforme o grupo do produto;

3) Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012 (alterado pelo Decreto nº 8167, de 23 de dezembro de 2013): estabelece margem de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de produtos de confecções, de calçados e artefatos que arrola (manta, mosquiteiro para beliche entre outros), com validade até 31 de dezembro de 2015;

4) Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012: estabelece margens de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de produtos médicos, com validade até 30 de junho de 2017;

5) Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012: estabelece margem de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de papel moeda, com validade até 31 de dezembro de 2015;

6) Decreto nº 7.812, de 28 de setembro de 2012: estabelece margem de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de veículos para vias férreas, com validade até 31 de dezembro de 2015;

7) Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012 (alterado pelo Decreto nº 8.171, de 23 de dezembro de 2013): estabelece margens de preferência nas licitações

da Administração Pública Federal para a aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, com validade até 31 de dezembro de 2015;

8) Decreto nº 7.840 (alterado pelo Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013) e nº 7.841, ambos de 12 de novembro de 2012: estabelecem margens de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, com validade até 31 de dezembro de 2015;

9) Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012 (alterado pelo Decreto nº 8170, de 23 de dezembro de 2013): estabelece margens de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de disco para moeda, com validade até 31 de dezembro de 2015;

10) Decreto nº 7.903, de 04 de fevereiro de 2013: estabelece margens normais e adicionais de preferência nas licitações da Administração Pública Federal para a aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, com validade até 31 de dezembro de 2015;

11) Decreto nº 8.194, de 12 de fevereiro de 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, com validade até 31 de dezembro de 2015;

12) Decreto 8.223, de 03 de abril de 2014: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, com validade até 31 de dezembro de 2015;

13) Decreto 8.224, de 03 de abril de 2014: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, com validade até 31 de dezembro de 2015.

Os Decretos nºs 7.810/2012, 7.812/2012 e 7.843/2012, em razão de seus respectivos objetos, são de interesse da União, mas entende-se que os demais poderão ser aproveitados por Estados e Municípios, bem como pelo Distrito Federal, independentemente de regulamentação local<sup>276</sup>, por força do art. 3, §2º, do Decreto nº 7.546/2011. Contudo, tendo em vista que, em relação aos demais Poderes da União e aos demais entes da federação a aplicação das margens é uma faculdade, de acordo com

---

<sup>276</sup> BRAGA, Márcia Bello de Oliveira; AVILA, Marta Marques. *Manual Prático de Licitação: Planejamento da Fase Interna e Processamento da Fase Externa na Lei nº 8.666/1993*. 3 ed. Porto Alegre: DPM PN, 2015. p. 27.

o referido art. 3, §2º, do Decreto nº 7.546/2011, será necessária a expressa previsão no edital da adoção das margens.

Em relação aos procedimentos a serem adotados para a aplicação das margens, os decretos federais todos estabelecem normas semelhantes, exigindo que o licitante apresente em seu envelope de proposta<sup>277</sup> um formulário de declaração de cumprimento de regra de origem, conforme modelo estabelecido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo que a sua não apresentação tempestiva implicará em tratamento como produto ou serviço estrangeiro. Além disso, ainda de acordo com os decretos, a margem de preferência será aplicada para a classificação das propostas no momento do julgamento ou após a sessão de lances, em se tratando de licitação na modalidade pregão, bem como se todos os itens que compõem o lote ou grupo atenderem a regra de origem, na hipótese de julgamento pelo menor preço global.

Vale referir que a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência, chamado de Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 104, altera a redação dos §§2º e 5º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, estabelecendo também como critério de desempate a preferência para bens e serviços “produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”, inclusive lhes estendendo a aplicação das margens de preferências. Além disso, a Lei nº 13.146/2015 inclui o art. 66-A na Lei nº 8.666/1993, que prevê que as empresas enquadradas no tratamento preferencial deverão cumprir a reserva de tais cargos e as regras de acessibilidade prevista na legislação durante todo o período de execução do contrato, cabendo a Administração fiscalizar o cumprimento desses requisitos de acessibilidade nos serviços e nos ambientes de trabalho. O Estatuto da Pessoa com Deficiência está em *vacatio legis*, entrando em vigor em 02 de janeiro de 2016, que corresponde aos 180 (cento e oitenta) dias contados da sua publicação oficial (art. 127), que ocorreu em 07 de julho de 2015.

Contemporaneamente à regulamentação das margens, foi editada a Medida Provisória nº 580, de 14 de setembro de 2012, convertida na Lei nº 12.745, de 19 de

---

<sup>277</sup> Em se tratando de pregão eletrônico, o licitante deverá declarar se o produto atende a regra de origem no momento do cadastramento da proposta no sistema, devendo apresentar a declaração conforme o modelo estabelecido em seu envelope de habilitação.

dezembro de 2012, que prevê a possibilidade de ser exigida nas licitações a aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, na forma de regulamento federal específico, para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. Na sequência, em 15 de janeiro de 2013, foram editados os Decretos n<sup>os</sup> 7.888 e 7.889, que, respectivamente, institui a Comissão Interministerial de Aquisições do PAC e estabelece a exigência de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais nas ações de mobilidade urbana integrantes do programa.

Por outro lado, o Brasil é parte do Mercado Comum do Sul – Mercosul –, instituído pelo Tratado de Assunção, celebrado em 26 de abril de 1991, que também é composto por Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela<sup>278</sup>. De acordo com o próprio tratado (art. 1º), o Mercosul, entre outros princípios, implica “A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes [...] a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes”.

Em relação ao §10, que trata especificamente do Mercosul, a redação foi alterada, prevendo que a margem de preferência *poderá* ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercosul, enquanto no original estava prevista a expressão *deverá*. Além disso, foi excluída a parte final, que previa a faculdade de o tratamento diferenciado ser estendido aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais. Aliás, segundo notícia disponibilizada no site da presidência, o Brasil não aderiu ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial do Comércio – OMC – exatamente para manter sua liberdade de realizar políticas públicas privilegiando as empresas nacionais.<sup>279</sup>

Um mercado comum pressupõe algumas liberdades econômicas fundamentais, que são, ao mesmo tempo, característica e fundamento desse mercado comum. Essas liberdades são hoje reconhecidas como 5 (cinco): liberdade de circulação de pessoas, liberdade de prestação de serviço e de estabelecimento, liberdade de circulação de capitais, liberdade de circulação de mercadorias e a liberdade de concorrência. Conforme afirma JAEGER JUNIOR, a concorrência é regra apoiadora do processo e

---

<sup>278</sup> MERCOSUL. *Saiba mais sobre o Mercosul*. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercocul>>. Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>279</sup> Disponível em: <<http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastrros/noticias/2011/12/16/omc-revisa-acordo-de-compra-governamental-brasil-prefere-nao-aderir>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

também uma liberdade econômica fundamental<sup>280</sup>. A relação entre direito da concorrência e mercado comum enseja que aquele abranja, garanta e proteja as atividades para as quais o mercado comum foi criado. O mercado comum foi criado pelas liberdades fundamentais.

Ao tratar da concorrência, SILVEIRA<sup>281</sup> refere os auxílios públicos como um dos fatores de distorção da competitividade e obstáculo a concretização de um mercado comum. Como auxílio público, o autor entende aquelas situações nas quais alguns agentes econômicos específicos, em detrimento dos demais, recebem benefícios de origem pública, com efeito favorável, sem a exigência de uma contrapartida. Em 1994, com a Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 20, houve o reconhecimento da necessidade de assegurar condições equitativas de concorrência entre os agentes econômicos dos países do Mercosul e de que certas políticas públicas vigentes nos Estados-Partes podem distorcer essas condições de competitividade. Diante disso, o Conselho do Mercado Comum decidiu criar um comitê técnico encarregado desse tema políticas públicas que distorcem a competitividade.

Esse comitê tem como incumbência classificar essas medidas nas seguintes categorias: medidas que impliquem exceção ao regime comercial comum; medidas de natureza tributária, medidas de natureza creditícia e medidas associadas ao regime de compras governamentais. Avançando na matéria, o Conselho do Mercado Comum, por meio da Decisão nº 18/1996, aprovou o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, que focava na conduta das empresas. Porém, também é preciso considerar, tal como disposto na Decisão Conselho do Mercado Comum nº 20/1994, que outras medidas, não apenas as relacionadas com as empresas, também podem servir de desequilíbrio para a concorrência, como é o caso de medidas associadas às compras governamentais.

Em 2003, foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum o Protocolo de Contratações Públicas nº 40/2003, que em diversos aspectos, é muito semelhante à lei geral das licitações brasileiras, a Lei nº 8.666/1993. Ocorre que, de acordo com o art. 1º do Protocolo<sup>282</sup>, o seu objeto é proporcionar aos fornecedores e prestadores

---

<sup>280</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 221.

<sup>281</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no MERCOSUL: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998.

<sup>282</sup> “Artigo 1º – OBJETO: 1. O presente Protocolo tem por objetivo proporcionar aos fornecedores e prestadores estabelecidos nos Estados Partes, e aos bens, serviços e obras públicas originários desses Estados Partes, um tratamento não discriminatório nos processos de contratações efetuadas pelas

estabelecidos nos Estados Partes e aos bens, serviços e obras deles originários, um tratamento não discriminatório nos processos de contratações efetuadas pelas entidades públicas, prevendo que:

a) Nos processos de qualificação dos ofertantes de bens, serviços e obras públicas, as entidades não discriminarão os ofertantes nacionais dos outros Estados-Partes, sendo reconhecidos como qualificados aqueles que reunirem condições de habilitação, as quais deverão conter somente aspectos jurídicos, fiscais, econômicos, financeiros e técnicos (art. 19)<sup>283</sup>;

b) Nenhum Estado-Parte poderá discriminar um fornecedor ou prestador:

b.1) estabelecido em qualquer dos Estados Partes por motivos de uma afiliação ou propriedade estrangeira;

b.2) estabelecido no seu território e razão de que os bens ou serviços ou obras oferecidos por esse fornecedor ou prestador sejam de outro Estado-Parte.

E, ainda, as ofertas apresentadas pelos fornecedores ou prestadores dos Estados-Partes não serão acrescidos com a imposição de encargos que introduzam em comparação das mesmas uma discriminação entre os fornecedores ou prestadores nacionais do Estado-Parte onde se realizada a licitação e aquele dos outros Estados-Partes.

Ocorre que o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul foi ratificado apenas pela Argentina (país no qual o Brasil se inspirou para a introdução desse tratamento diferenciado, conforme consta na exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010), nunca entrando em vigor, conforme informações constantes na página eletrônica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.<sup>284</sup> Mas a questão não deixou de ser debatida no âmbito do bloco. Entre os resultados do 34º Conselho do Mercado Comum, realizado em agosto de 2010, está o reavivamento do protocolo de contratações públicas, que seria concluído até o final de 2010, conforme

---

entidades públicas. 2. Os processos de contratações públicas de bens, serviços e obras públicas deverão ser realizados de forma transparente, observando os princípios básicos de legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, concorrência e os que concordem com eles.”.

<sup>283</sup> “Artigo 19 – QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES E PRESTADORES: 1. No processo de qualificação dos ofertantes de bens, serviços e obras públicas, as entidades não discriminarão entre ofertantes nacionais e dos outros Estados Partes. [...]”.

<sup>284</sup> MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Negociações Internacionais de Compras Governamentais. Disponível em <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3542>>. Acesso em: 10 maio 2013.

nota à imprensa nº 495, da assessoria de imprensa do Ministério das Relações Exteriores, de 03 de agosto de 2010.<sup>285</sup>

Na mesma época, foi editada a Resolução nº 49/2010, do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior, instituindo um grupo técnico de contratações públicas com o objetivo de examinar e recomendar o posicionamento brasileiro nas negociações internacionais que tratem de contratações públicas, com atribuições inclusive de analisar a legislação pertinente e fazer análise de mercado. Interessante ressaltar que a Medida Provisória nº 495/2010 é apenas quinze dias mais velha do que essa Resolução.

Em suma, em termos de vedação expressa no Tratado de Assunção, não há limitações para as atuais políticas de utilização das contratações públicas como instrumento de fomento econômico, favorecendo os bens e serviços nacionais. De igual forma, o Protocolo de Contratações Públicas não foi ratificado pelo Brasil, não obrigando o País ao seu cumprimento. Por esse prisma, poder-se-ia concluir pela legitimidade das preferências examinadas mesmo no âmbito do Mercosul.

Contudo, não se pode esquecer que o Mercosul é bloco econômico que almeja ser mercado comum. Sem a efetiva liberdade de concorrência esse objetivo se torna impossível. Aliás, o Tratado de Assunção, no art. 1º, afirma que esse mercado comum implica “A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente”, bem como a coordenação de políticas que “asseguem condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes.”.

A adoção de margens nas propostas das licitações, privilegiando a contratação dos bens e serviços nacionais, ainda que com valor acima dos demais, pode-se dizer que compromete a concorrência especialmente considerando que muitos dos objetos beneficiados pelas margens somente podem ser contratados pelo próprio Poder Público, o que compromete a legitimidade das preferências examinadas no âmbito do Mercosul.

Tratando das licitações internacionais previstas no art. 42 da Lei nº 8.666/1993, SOUTO<sup>286</sup> faz observações que são válidas para o tratamento privilegiado aos produtos e serviços nacionais, concedido pela Lei nº 12.349/2010, nas contratações públicas. O

---

<sup>285</sup> MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: [www.itamaraty.gov.br](http://www.itamaraty.gov.br)>. Acesso em 12 maio 2013.

<sup>286</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 215 – 217 e 233- 243.

autor, reconhecendo o papel das contratações públicas no fomento ao desenvolvimento nacional, refere que as preferências ao investimento nacional em caso de empate tem amparo constitucional, especialmente no art. 219 da CRFB/1988, mesmo após a revogação do art. 171 da CRFB/1988. Todavia, no que se refere ao âmbito do MERCOSUL, a “quebra da igualdade entre as empresas dos países que o integram deixa margem à reciprocidade de discriminação, dificultando, afinal, o livre trânsito de bens, serviços e pessoas”<sup>287</sup>, o que colocaria em xeque a sobrevivência do Tratado de Assunção e a observância do princípio constitucional da integração.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 1.317/2013, resultante dos estudos do Grupo de Trabalho instituído com o objetivo de examinar as repercussões da Lei nº 12.349/2010 nas licitações, demonstra preocupação com as consequências do impacto das preferências nas relações internacionais e até mesmo no desenvolvimento nacional, ponderando que:

82. Dentre os demais argumentos apresentados, destaca-se o posicionamento do grupo interministerial de que o Governo Brasileiro precisa adotar medidas frente ao agressivo avanço da China no nosso mercado nacional. Citaram que o governo já vem adotando outras medidas nesse sentido, a exemplo da elevação de alíquotas do imposto sobre produtos industrializados para veículos. Comentaram, nesse caso do IPI, que, já se vislumbravam as possíveis retaliações no âmbito da OMC frente ao aumento das alíquotas, no entanto, entendia-se que os benefícios advindos destas medidas compensariam possíveis retaliações frente à Organização Mundial do Comércio.

83. Essa afirmação é preocupante tendo em vista que o posicionamento adotado pelos representantes dos Ministérios na condução dos desdobramentos das alterações procedidas pela Lei 12.349/2010 na Lei de Licitações apontam para um cenário de desconsideração das possíveis consequências no âmbito das relações internacionais, em especial em relação à OMC, instituição que o Brasil é membro. Cite-se que o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior são integrantes da Comissão Interministerial de Compras Públicas instituída por meio do Decreto 7.546/2011, razão pela qual ganham relevância o posicionamento apresentado pelos representantes dos Ministérios.

84. Sob outro prisma, essa desconsideração de causa-efeito possui considerável potencial de inviabilizar o próprio princípio do desenvolvimento nacional sustentável. No extremo, a provável retaliação dos demais países poderá recair sobre as exportações de produtos para os quais o Brasil é competitivo, corre-se o risco de que a medida protecionista adotada em benefício de determinado setor da economia implique em prejuízos a outro setor, e que, no conjunto, invés de promoção de desenvolvimento, ocorra retração econômica.<sup>288</sup>

<sup>287</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 216.

<sup>288</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. TC 032.230/2011-7. Acórdão nº 1.317/2013. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 29 maio 2013.

Além da preocupação de possível retração econômica, o Tribunal de Contas da União, na mesma decisão, manifesta a preocupação de que as normas de preferência para produtos e serviços nacionais possam gerar reserva de mercado que conduza a um atraso tecnológico, resultado inverso do pretendido.

Diante de diversos benefícios e privilégios criados pelas novas normas de licitação, visando ao desenvolvimento nacional sustentável, é importante identificar a ordem de preferência quando houver a sobreposição de benefícios. A Lei Complementar nº 147/2014 incluiu no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 os §§14 e 15 com esse objetivo:

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

A redação dos referidos parágrafos não é suficientemente clara, tendo em vista que o primeiro determina que sejam privilegiadas as microempresas e empresas de pequeno porte na aplicação das preferências, mas o segundo determina que prevaleçam as preferências dos produtos e serviços nacionais sobre os estrangeiros. Afinal, qual o primeiro critério a ser aplicado?

Entende-se que primeiro deverão ser aplicadas as margens de preferência, tendo em vista que a lei autoriza a contratação de produtos e serviços nacionais por preços superiores ao de mercado. Feita a reclassificação das propostas de acordo com esse critério, dentro do grupo de fornecedores de produtos e serviços nacionais, serão aplicados os benefícios do art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006. Não havendo empresas beneficiárias no intervalo legal (ou se por outro motivo permanecer o empate), serão aplicados os demais critérios do §2º do art. 3º.

Outra questão que deriva da possibilidade de privilegiar produtos e serviços em razão da sua origem é a possibilidade de Estados e Municípios adotar políticas semelhantes e privilegiar fornecedores locais como política de fomento econômico. A resposta a essa questão, já levantada no passado, foi dada em sentido negativo pelo Supremo Tribunal Federal:

Licitação pública. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei 12.204/1998, do Estado do Paraná, com a redação da Lei 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade [...] Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a

licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro.<sup>289</sup>

Licitação. Análise de proposta mais vantajosa. Consideração dos valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado. Discriminação arbitrária. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Distinção entre brasileiros. Afronta ao disposto nos arts. 5º, *caput*; 19, III; 37, XXI; e 175 da CB. É inconstitucional o preceito segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A CB proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do art. 19. [...] Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do art. 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.<sup>290</sup>

Assim, no âmbito interno, de acordo com Supremo Tribunal Federal, não é possível o tratamento diferenciado em razão da sede ou do local de origem, ainda que sob o argumento de fomento econômico local, tendo em vista o art. 19, inciso III, da Constituição da República<sup>291</sup>. Porém, vale lembrar que a Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 127/2014, prevê a possibilidade de se estabelecer prioridade de contratação para os fornecedores sediados local ou regionalmente, nas licitações diferenciadas, com margem de até 10% (dez por cento) do melhor preço válido (art. 48, §3º); e que Resolução FNDE nº 26/2013, na redação dada pela Resolução FNDE nº 04/2015, prioriza os fornecedores locais como critério de julgamento da chamada pública (art. 25, §2º).

No tocante à preservação do meio ambiente, há previsão na própria Lei nº 8.666/1993, que determina que os projetos básicos das obras e serviços devem considerar o adequado tratamento do impacto ambiental. Além disso, em 29 de dezembro de 2009, a Lei 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC -, prevê expressamente objetivo de desenvolvimento sustentável (art. 3º, inciso IV), inclusive estabelecendo preferência nas licitações para as propostas que propiciem maior economia de energia, de água e outros recursos naturais e a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (art. 6º, inciso XII). Em 02 de agosto de

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.583. Rel. Min Cezar Peluso. Julgamento em 21 fev. 2008, *DJE*, 14 mar. 2008.

<sup>290</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.070. Rel. Min Eros Grau. Julgamento em 29 nov. 2007, *DJ* 19 dez. 2007.

<sup>291</sup> Nesse sentido, também é a lição de FRANÇA, Vladimir da Rocha. A licitação e seus princípios. *Revista Eletrônica de Direito Econômico*. Salvador: n. 8, p. 13, nov/dez. 2006 e jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 23 out. 2013. .

2010, a Lei nº 12.305, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, também estabelece 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. Vale lembrar que a Lei nº 11.445/2007, que trata das diretrizes nacionais para o saneamento básico, já havia incluído entre as hipóteses de dispensa de licitação (art. 24, inciso XXVII) a contratação de associações ou cooperativa de catadores, formada por pessoas físicas de baixa renda, para a execução da “coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo”. Essa medida, além de incentivar o cooperativismo e o associativismo, como examinado anteriormente, também é medida de incentivo à proteção do meio ambiente.

Em 15 de dezembro de 2010, a Lei nº 12.349, conforme mencionado, inclui o desenvolvimento nacional sustentável no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Regulamentando esse dispositivo, contudo apenas no âmbito das licitações federais, foi editado o Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012, que elenca como diretrizes de sustentabilidade, entre outras: 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.

O Decreto Federal nº 7.746/2012 autoriza a previsão nos instrumentos convocatórios, de forma objetiva<sup>292</sup> e mediante justificativa nos autos do certame, de critérios de sustentabilidade na especificação técnica do objeto, tais como a exigência de

---

<sup>292</sup> A demonstração do atendimento dos requisitos constantes no edital no tocante aos critérios ou práticas de sustentabilidade será realizada na forma do art. 8º do Decreto Federal nº 7.746/2012:

“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.”.

que seja composto por material reciclado, atóxico ou biodegradável, ou a previsão de práticas de sustentabilidade como obrigação da contratada na prestação de serviços, conforme se extrai na combinação dos arts. 2º, 3º, 5º e 7º.

Em relação ao desenvolvimento tecnológico, a Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, incluiu entre as hipóteses de dispensa de licitação (art. 24, inciso XXV, da Lei nº 8.666/1993) a contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT - ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

Além disso, a Lei nº 12.349/2010, conforme referido acima, previu margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, bem como previu a possibilidade de realizar licitação exclusiva para bens e serviços de tecnologia desenvolvida no país, destinados à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento de tecnologia da informação e comunicação.

E mais, a Lei nº 12.349/2010 alterou a redação do art. 27 da Lei nº 10.973/2004, estabelecendo entre as diretrizes dos incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, 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, 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 de Instituição Científica e Tecnológica – ICT.

Na sequência, a Lei nº 12.715, de 09 de setembro de 2012, incluiu também como hipótese de dispensa (art. 24, inciso XXXII, da Lei nº 8.666/1993), para contratações em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS –, inclusive afastando o limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do *caput* do art. 24 para órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS.

Posteriormente, a Lei nº 12.745, de 12 de dezembro de 2012, acresceu o artigo art. 18-A à Lei nº 11.759/2008, para dispensar a licitação para a contratação do Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. – CEITEC - para a realização de atividades relacionadas a seu objeto. De acordo com a Lei nº 11.759/2008, o CEITEC é empresa pública que tem por função social o desenvolvimento de soluções científicas e

tecnológicas que contribuam para o progresso e o bem-estar da sociedade brasileira, e por finalidade explorar diretamente atividade econômica no âmbito das tecnologias de semicondutores, microeletrônica e áreas correlatas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas relativas às contratações administrativas destinadas à execução de obras, à prestação de serviços e ao fornecimento de bens sofreram diversas alterações nos últimos anos, visando a utilização do poder de compra da Administração como indutor de desenvolvimento econômico, ou seja, utilizando os contratos administrativos como instrumentos em políticas de fomento econômico. As principais alterações foram introduzidas pela Lei Complementar nº 123/2006, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 127/2014, e pela Lei nº 12.349/2010. A primeira elegeu pessoas – microempresa, empresa de pequeno porte, cooperativa e outras formas associativas – para receberem um tratamento privilegiado nas contratações, a segunda, áreas de interesse – estímulo ao mercado nacional, à proteção do meio ambiente e à inovação tecnológica.

As dúvidas que conduziram a presente pesquisa foram relativas a existência de suporte constitucional para o fomento das áreas escolhidas pelo legislador e contempladas pelo Direito Administrativo Contratual vigente; a legitimidade da utilização das contratações públicas como instrumento de fomento, finalidade que extrapola o interesse direto da Administração na aquisição do bem, na execução da obra ou na prestação do serviço; e o impacto dessas alterações nos procedimentos de contratações administrativas.

Na primeira parte do Capítulo 1 do trabalho, foi possível identificar o regime econômico de mercado adotado pela Constituição, tendo em vista que a República e a ordem econômica estão fundadas na valorização social do trabalho e na livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e art. 170, *caput*), sendo a livre concorrência princípio da ordem econômica (art. 170, inciso IV). Contudo, isso não significa a impossibilidade absoluta de intervenção do Estado no mercado. Aliás, o art. 174 da CRFB/1988 reconhece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Porém, essa intervenção somente poderá ocorrer nos estritos limites admitidos pela própria Constituição.

O art. 170 da CRFB/1988, que abre as disposições relativas à ordem econômica, também elenca como princípio da ordem econômica a soberania nacional, a defesa do meio ambiente (expressamente prevendo o tratamento diferenciado dos produtos e serviços de acordo com o seu impacto ambiental e de seus processos de

elaboração e prestação), a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, entre outros princípios, que são referenciais a serem observados na atuação estatal e na interpretação dos demais dispositivos constitucionais de conteúdo econômico.

O art. 174, §2º, da CRFB/1988, prevê o estímulo ao cooperativismo e ao associativismo, enquanto o art. 179 da CRFB/1988 determina que o Poder Público dispensará às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, mediante simplificação (ou redução ou eliminação) de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, com o objetivo de incentivá-las. O art. 218 prevê que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação tecnológica e a inovação, sendo que a pesquisa tecnológica será voltada preponderantemente para solução de problemas brasileiros e desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. O art. 219, por sua vez, prevê que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e o fortalecimento da inovação. Contudo, o art. 4º da CRFB/1988 determina que se busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade de nações, como é o caso do MERCOSUL, e o art. 225 da CRFB/1988 impõe ao Estado o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Além disso, se por um lado o dever de realizar licitação previamente a contratação, que está previsto constitucionalmente no art. 37, inciso XXI, impõe a garantia de igualdade de condições aos concorrentes, sendo a livre concorrência princípio da ordem econômica, conforme art. 170, inciso IV, da CRFB/1988; por outro lado, o desenvolvimento nacional é objetivo fundamental da República, previsto no art. 1º, inciso IV, também da CRFB/1988. A igualdade não é óbice ao tratamento diferenciado no âmbito das licitações, desde que o critério diferenciador esteja adequado ao fim a ser alcançado: o desenvolvimento econômico; assim como também não o é a livre concorrência, tendo em vista que o fomento cria incentivos para que a iniciativa privada faça sua adesão à política econômica, mediante a previsão de consequências favoráveis a quem o fizer, sem eliminar a liberdade de iniciativa e de concorrência.

Assim, em relação ao primeiro questionamento, conclui-se pela existência suporte constitucional para o fomento das áreas escolhidas pelo legislador e contempladas pelo Direito Administrativo Contratual vigente.

Na segunda parte do Capítulo 1 do trabalho, viu-se que, ao lado da preservação do princípio da isonomia, a licitação tem como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Inicialmente, a vantagem está relacionada a aspectos econômicos do negócio, tendo em vista a escassez de recursos e o leque de demandas a serem atendidas pelo Poder Público. Isso não significa que a vantagem está contida no menor preço, que deve ser ponderado com a qualidade e a utilidade do resultado da contratação, dentro de uma ideia de economicidade. Contudo, existem outras vantagens que podem ser obtidas pelo Poder Público, por meio de suas contratações, que extrapolam a relação entre as partes, mas ligadas as finalidades e funções estatais, que também devem ser ponderadas pelo Poder Público, dentro de uma ideia de eficiência. Diversos fatores podem interferir nas contratações, tanto sob o aspecto da economicidade, quanto o da eficiência, dentre elas as externalidades.

As externalidades são os efeitos - positivos ou negativos - gerados em terceiros, conceito dentro do qual estão contidas as noções de desenvolvimento nacional e de sustentabilidade, sendo o fomento à microempresa, à empresa de pequeno porte, às cooperativas e a outras formas associativas, bem como o estímulo ao mercado nacional, à proteção do meio ambiente e à inovação tecnológica, por meio de tratamento diferenciado e beneficiado, forma de internalização desses efeitos nos contratos administrativos.

Portanto, em relação ao segundo questionamento, conclui-se pela legitimidade da utilização das contratações públicas como instrumento de fomento, finalidade que extrapola o interesse direto da Administração na aquisição do bem, na execução da obra ou na prestação do serviço, o que foi expressamente reconhecido pela Lei nº 12.349/2010, que incluiu entre os objetivos das contratações a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Na primeira parte do Capítulo 2, foram examinadas as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Lei Complementar nº 147/2014, entre outras normas, que estabelecem tratamento diferenciado e privilegiado nas licitações para microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativas e outras formas associativas, utilizando os contratos administrativos para o seu fomento. As principais alterações são o deslocamento da comprovação de regularidade fiscal para o final do certame (e

somente se a beneficiária for a vencedora); a preferência para a contratação em caso de empate, que pode ser real, mediante a identidade de propostas, ou ficto, quando a beneficiária estiver com proposta de preço dentro de margem de até 10% (dez por cento) da primeira colocada; a reserva dos itens de contratação inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para disputa exclusiva entre as beneficiárias; a reserva de cota de 25% (vinte e cinco por cento) na contratação de bens de natureza divisível acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para disputa exclusiva entre as beneficiárias; possibilidade de imposição de subcontratação de beneficiárias na contratação de obras e serviços acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); e, ainda, a possibilidade de preferência adicional para as beneficiárias que sejam sediadas local ou regionalmente.

Na segunda parte do Capítulo 2, foram examinadas as alterações promovidas pela Lei nº 12.349/2010, entre outras normas, que visa a utilização dos contratos administrativos como instrumento de fomento econômico, mediante o estímulo ao mercado nacional, à proteção ao meio ambiente e à inovação tecnológica. Além da inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo das contratações, a principal modificação consiste no estabelecimento de preferências na contratação para os bens e serviços produzidos no país, inclusive com previsão de margens na qual se admite o pagamento a maior pelo Poder Público para a contratação desses bens e serviços, que podem ser adicionadas quando envolver inovação tecnológica.

Assim, em relação ao terceiro questionamento, conclui-se que os impactos dessas alterações nos procedimentos de contratações administrativas, em suma, são os seguintes:

1) em termos puramente procedimentais, a possibilidade de comprovação tardia da regularidade fiscal para as empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014;

2) estabelecimento de reserva de mercado, sem possibilidade de pagamento de valores diferenciados:

2.1) Itens abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): exclusividade de contratação das empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014;

2.2) Itens acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): reserva de cota de 25% (vinte e cinco por cento), na contratação de bens de natureza divisível, para disputa exclusiva das empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, na redação

dada pela Lei Complementar nº 147/2014; e possibilidade de exigência de subcontratação das empresas beneficiárias na contratação de obras e serviços;

3) estabelecimento de preferências na contratação, sem possibilidade de pagamento de valores diferenciados: para as empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014; para os produtos e serviços produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras e produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, nessa ordem;

4) estabelecimento de preferências na contratação, com possibilidade de pagamento de valores diferenciados:

4.1) margem de preferência para as empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/2006, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, sediadas local ou regionalmente;

4.2) margem normal de preferência para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais que atendem a normas técnicas brasileiras;

4.3) margem adicional de preferência para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

5) inclusão de elementos de sustentabilidade na delimitação do objeto e no planejamento das contratações.

Havendo sobreposição de benefícios relativos às preferências de contratação, primeiro deverão ser aplicadas as margens normal e adicional, depois os benefícios dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, e, por fim, os demais critérios do §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁZAR, Mariano Baena Del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 57, p. 69-80, 1968. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>. Acesso em: 25 out. 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Econômico*. Salvador: n. 4, p. 1, nov/dez. 2005 e jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2013. 215 p.
- AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Incentivos: Instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 212-220.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 25 p.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 382 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 1127 p.
- \_\_\_\_\_. O Estado e a Ordem Econômica. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 271-279
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 99-138.
- BRAGA, Márcia Bello de Oliveira. O Microempreendedor Individual (MEI) nas licitações. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: n 78, mar./abr. de 2013.
- \_\_\_\_\_; AVILA, Marta Marques. *Manual Prático de Licitação: Planejamento da Fase Interna e Processamento da Fase Externa na Lei nº 8.666/1993*. 3 ed. Porto Alegre: DPM PN, 2015. 158 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007*. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno

porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 set 2007.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011*. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez. 1998.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012*. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012*. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 jun. 2012, retificado em 16 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.812, de 20 de setembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.841, de 12 de novembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.888, de 15 de janeiro de 2013*. Estabelece a exigência de aquisição de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais nas ações de mobilidade urbana integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.889, de 15 de janeiro de 2013*. Institui a Comissão Interministerial de Aquisições do Programa de Aceleração do Crescimento - CIA-PAC, regulamenta o art. 3º-A da Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.903, de 04 de fevereiro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013*. Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.163, de 20 de dezembro de 2013*. Institui o Programa Nacional de Apoio ao Associativismo e Cooperativismo Social - Pronacoop Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União: Edição extra*, Brasília, 20 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.167, de 23 de dezembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.170, de 23 de dezembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.171, de 23 de dezembro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.194, de 12 de fevereiro de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.223, de 3 de abril de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.224, de 03 de abril de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.225, de 3 de abril de 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.538, de 5 de outubro de 2015*. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Resolução nº 38, de 16 de julho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez 2006, republicada em 06 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014*. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010*. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1971 .

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2002, retificado em 30 jul. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 dez. 2004, retificado em 16 maio 2005.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições; altera a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e as Leis nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.666, de 8 de maio de 2003, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.892, de 13 de julho de 2004, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga dispositivos das Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977; e dá outras providências. *Diário Oficial da União: Edição extra*, Brasília, 15 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.759, de 31 de julho de 2008. Autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nº 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. *Diário Oficial da União: Edição extra*, Brasília, 30 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010.* Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012.* Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica; institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, o Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga para Implantação de Redes de Telecomunicações, o Regime Especial de Incentivo a Computadores para Uso Educacional, o Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica e o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência; restabelece o Programa Um Computador por Aluno; altera o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores, instituído pela Lei no 11.484, de 31 de maio de 2007; altera as Leis nos 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.865, de 30 de abril de 2004, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 11.484, de 31 de maio de 2007, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.414, de 9 de junho de 2011, 8.666, de 21 de junho de 1993, 10.925, de 23 de julho de 2004, os Decretos-Leis nos 1.455, de 7 de abril de 1976, 1.593, de 21 de dezembro de 1977, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. . *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 set. 2012, retificado em 19 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012.* Altera as Leis nos 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.* Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.717, de 29 de junho, de 1965.* Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, 5 jul. 1965.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 455, de 28 de janeiro de 2009.* Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica, altera a Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jan. 2009, retificado em 5 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010.* Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.070. Rel. Min Eros Grau. Julgamento em 29 nov. 2007, *DJ* 19 dez. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.583. Rel. Min Cezar Peluso. Julgamento em 21 fev. 2008, *DJE*, 14 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Plenário. TC 032.230/2011-7. Acórdão nº 1.317/2013. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 29 maio 2013.

BRITO, Naiana Bezerra de. O interesse público nos contratos administrativos e suas implicações no desenvolvimento do país. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33-69.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. 201 p.

\_\_\_\_\_. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. 335 p.

\_\_\_\_\_. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. 527 p.

\_\_\_\_\_. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. 198 p.

\_\_\_\_\_. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 2012. 303 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2380 p.

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. 159 p.

\_\_\_\_\_. *Direito Econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. 375 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. v. 2. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. 560 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. 938 p.

FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. 186 p.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Art. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4.ed. Barueri: Manole, 2013. p. 1-53.

FERRAZ, Sérgio. Intervenção do Estado no Domínio Econômico Geral: Anotações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 327-338.

FERREIRA, Roberto. Art. 170 a 181. In: MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2013. p. 893-930.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 626p.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v. 46. São Paulo: Saraiva, 1977. 504 p.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A licitação e seus princípios. *Revista Eletrônica de Direito Econômico*. Salvador: n. 8, p. 13, nov/dez. 2006 e jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em> 23 out. 2013.

FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA – FEE – O perfil socioeconômico RS – Coredes apresenta características socioeconômicas dos Coredes existentes até 2013. Disponível em: <<http://www.fee.rs.gov.br/perfil-socioeconomico/coredes>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. 799 p.

JELINEK, Rochelle. *Licença ambiental e urbanístico para o parcelamento do solo urbano*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/doutrinaparcel\\_19.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/doutrinaparcel_19.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 1136 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 1330 p.

\_\_\_\_\_. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. 95 p.

\_\_\_\_\_. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007. 175 p.

\_\_\_\_\_; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Internacional de Contratos Públicos*. Salvador: n. 1, p. 1, fev. 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/ijpc>. Acesso em: 23 out. 2013.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 717 p.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº 123/2006: incluindo o Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análise de editais)*. Campinas: Servanda Editora, 2008. 224 p.

MACHADO, Costa (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2013. 1356 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1351 p.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 301 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 405 - 508.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 509 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 482 p.

MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*. Salvador: n. 21, p. 2, fev./mar./abr. de 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

MERCOSUL. Saiba mais sobre o Mercosul. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercossul>>. Acesso em: 23 set. 2015.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 293

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Negociações Internacionais de Compras Governamentais. Disponível em <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3542>>. Acesso em: 10 maio 2013.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 384 p.

\_\_\_\_\_. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre: n. 74, jul./dez. de 2013. p. 229-244.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: n. 10, p. 1, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/>>. Acesso em: 23 out. 2013.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2003. 596 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 667 p.

MOREIRA, Egon Bockmann O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 847-868.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

NASCIMENTO, Floriano de Lima (Coord.); CLARK, Giovani (Coord.); CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Novo dicionário de direito econômico: Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. 493 p.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: v. 6, maio de 2011. p. 447- 458.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. 861 p.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 1079 p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 607 p.

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 585 p.

PINGRET, Clóvis Sá Britto. O Estado como fomentador da iniciativa privada: o caso das micro-empresas. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 51 – 58.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*. Madri: n° 48, 1949. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=140173>. Acesso em: 25 out. 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático das Licitações*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 573 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n° 70031867393. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 27 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Reexame Necessário n° 70034938639. Relator: Jorge Maraschin dos Santos. Julgado em 17 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n° 70062737812. Relator: João Barcelos de Souza Junior. Julgado em 03/06/2015).

SANTOS, Anacleto Abduch Santos. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2009. 174 p.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabel Cristina de Moura; GUIMARÃES, Landro Belinaso. *Desenvolvimento sustentável*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2010. 104 p.

SIDOU, J. M. Othon *Dicionário Jurídico Brasileiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. São Paulo: Forense Universitária, 2004. 913 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Defesa da concorrência no MERCOSUL: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo: LTr, 1998. 317 p

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 494 p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: v. 02, jun de 2011. p. 1355-1372.

\_\_\_\_\_. Conceito de empresa: um desafio que persiste? In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008. p. 11-26.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 317p.

\_\_\_\_\_. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora LTr. 2005. 603 p.

\_\_\_\_\_; CLARK, Giovani. *Questões polêmicas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2008. 102 p.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. 416 p.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e as Licitações Públicas. *Revista da AGU*. Ano VII, n 62, março de 2007. Disponível em:

<[http://www.escola.agu.gov.br/Revista/Ano\\_VII\\_marco\\_2007/0%20Estatuto-RONN%20Torre.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/Revista/Ano_VII_marco_2007/0%20Estatuto-RONN%20Torre.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. TC 034.794/2014-0. Acórdão 1370/2015. Relatora: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 03 jun. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 9-38.