

## O papel regulatório e de fomento das licitações públicas

Jéssica Acocella  
Juliana Cabral Coelho Rangel

<http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>

# O papel regulatório e de fomento das licitações públicas

Jéssica Acocella  
Juliana Cabral Coelho Rangel\*

## Resumo

O objetivo deste artigo é analisar o incipiente e crescente papel que vem sendo atribuído ao instituto licitatório, para além da busca do melhor preço pela Administração Pública em suas contratações administrativas. Funciona, assim, como uma alternativa à adoção de instrumentos meramente impositivos ou coercitivos de intervenção estatal sobre a economia, cada vez mais ultrapassados à luz das contemporâneas concepções do Direito Administrativo, voltadas para o estabelecimento de um relacionamento mais horizontalizado e

---

\*Advogadas do BNDES. Jéssica Acocella é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Este artigo é de exclusiva responsabilidade das autoras, não refletindo, necessariamente, a opinião do BNDES.

concertado. Com isso, mais bem equilibrados, restam os interesses envolvidos: de um lado, preserva-se, o máximo possível, a liberdade de escolha dos particulares, em razão da ausência de imposições estatais rígidas; e, de outro, promove-se maior eficiência na gestão pública por meio da colaboração dos agentes econômicos no alcance das finalidades socioeconômicas pretendidas. Seu estudo e efetiva implementação pela Administração Pública demandam o exame cauteloso de suas repercussões sobre o regime das contratações administrativas, cujos indiscutíveis benefícios, bem como as possíveis ameaças, merecem uma cuidadosa reflexão, como a que se propõe fazer o presente estudo.

## **Abstract**

The aim of this paper is to analyze the incipient and growing role that has been attributed to government procurement, beyond the Public Administration's search for the best price in its administrative contracts. It works as an alternative to adopting instruments that merely decree or coerce State intervention in the economy, which are outdated in more contemporary conceptions of Administrative Law, focusing on establishing a more horizontalized and concerted relationship. With this, in a more balanced approach, there are interests involved: on the one hand, the private parties' freedom to choose is, as much as is possible, maintained, since there are no resolute State impositions; and, on the other hand, more efficient public management is fostered by collaborating with economic agents to reach the socio-economic goals. Studies and the Public Administration's effective implementation of it require close examination of the repercussions on administrative contracts, which unquestionable benefits, as well as possible risks, warrant careful consideration, which is what this paper sets out to accomplish.

## **A ascensão de um novo modelo de intervenção do Estado sobre a economia: a regulação por incentivos**

A ingerência estatal sobre os agentes privados é, tradicionalmente, justificada pelas ideias de poder de polícia, de império e da primazia, *a priori*, dos interesses da coletividade sobre os direitos meramente individuais, em benefício “dos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade” [Di Pietro (2008, p. 108)].

Entretanto, essas concepções clássicas que, durante muito tempo, justificaram as mais variadas e drásticas ingerências estatais sobre o particular vêm sendo paulatinamente superadas e substituídas por outras modernas noções voltadas à solidariedade, à cooperação e a uma relação mais horizontalizada entre Estado e sociedade, sem a imposição de instrumentos jurídicos repressivos ou coercitivos, orientados apenas para a emissão de comandos, exigências ou proibições. Isto é, instrumentos típicos de “comando e controle”, tais como a transferência de propriedade para o poder público, a instituição de tributos, a criação de subsídios e a imposição de modelos de padronização (*standards*) para o mercado [Reich (2006)].<sup>1</sup>

De fato, atores privados e Estado vêm, há muito, intercomunicando-se por uma relação de dupla instrumentalidade com o estabelecimento de um condicionamento recíproco.<sup>2</sup> No entanto, desde

---

<sup>1</sup> Narrando a evolução da atividade estatal interventiva, o americano Cass Sunstein descreve o *police power* como “*an imperfectly defined authority that included the prevention of harms to the public as a whole, but that largely proscribed paternalism and redistribution [...]*” [Sunstein (1990a, p. 20)].

<sup>2</sup> A respeito dessa relação de interdependência entre Direito e economia, ver Reich (1985).

a década de 1980 e, no Brasil, mais intensamente a partir dos anos 1990, o processo de globalização acompanhado das estratégias de privatização e liberalização das atividades econômicas levaram à modificação do escopo e dos métodos de intervenção pública na esfera privada [D’Alberti (2010, p. 63)]. A adoção pura e simples do poder de polícia como instrumento impositivo acabaria fracassando, nesse novo contexto, na captação da pluralidade de interesses envolvidos no ambiente objeto de intervenção econômica.

Nesse sentido, apesar de a intervenção pública – notadamente por meio do sistema normativo – invocar até hoje um papel crucial no desempenho de atividades privadas e econômicas, em razão, por exemplo, da demanda por bem-estar social e por políticas distributivas,<sup>3</sup> as transformações no modelo de Estado passaram a demandar um novo fundamento de legitimidade que possa embasar a previsão sobre onde, quando e em que intensidade a interferência estatal vai (e poderá) ocorrer.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Nessa linha, Sunstein (1990a, p. 408) considera que “*All laws have redistributive functions, and some such laws have powerful arguments in their support*”. No mesmo sentido, Vanberg (2002, p. 87) afirma que “*En una sociedad compleja, cualquier cosa que se aproxime al mercado solo puede existir si goza de la protección del derecho y, por ende, del Estado. Así, pues, el término ‘libre mercado’ siempre debe ponerse entre comillas, ya que siempre está sometido, o limitado, por el marco jurídico, y solo puede ser posible gracias a dicho marco*”.

<sup>4</sup> Na tradição norte-americana, por exemplo, a regulação de uma economia de mercado não é considerada uma função governamental inerente, precisando, ao contrário, de justificação, que será buscada principalmente na economia do bem-estar social e na teoria política, em oposição à mera retórica do interesse público, que, segundo Reich (1985), não ajudaria muito a explicar a necessidade de intervenção estatal. Em geral, porém, a justificação para a intervenção regulatória será extraída da alegada inabilidade do ambiente de mercado para lidar, por conta própria, com alguns problemas estruturais, isto é, das denominadas falhas de mercado.

Assim, se, de um lado, mudanças estruturais significativas no modo de governança e novos arranjos institucionais, induzidos por novas estratégias de atuação, coincidiram com a limitação do papel do Estado intervencionista ou positivo, de outro, as mesmas transformações resultaram no aumento do poder normativo e, com isso, na ascensão de um novo modelo de Estado regulador [Majone (2006)]; Estado regulador que veio a demandar a adaptação de “estruturas tradicionais a novas estratégias regulatórias”, tendo em vista o surgimento de novos atores e arranjos institucionais, novas áreas de conflito político, diferentes estilos de formulação de políticas públicas e de normas e padrões de legitimidade da atuação estatal, bem como métodos de responsabilização mais complexos [Majone (2006)].

E, nesse contexto, o Direito, na qualidade de instrumento à disposição da atividade estatal regulatória, tanto serve para organizar os setores privados, mantendo-os funcionando de forma eficiente, como assume função propositiva, utilizando a estrutura de mercado e os interesses nela envolvidos para o alcance de objetivos e metas socialmente desejáveis e benéficos.<sup>5</sup>

Com efeito, o Estado depende hoje, e cada vez mais, da colaboração intensa do particular por sua crescente incapacidade de dar conta, por si só, dos múltiplos interesses e objetivos voltados ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico. A maior aproximação com os agentes privados demandará, portanto, o difícil balanceamento entre, de um lado, a preservação de liberda-

---

<sup>5</sup> A esse respeito, Reich (1985) relata que, no contexto da União Europeia, ações regulatórias mais ambiciosas foram iniciadas tanto na comunidade como nos Estados-membros para aprofundar objetivos sociais gerais (*general societal goals*), como a defesa do consumidor e do meio ambiente.

des privadas e, de outro, a promoção de valores sociais e metas político-econômicas.<sup>6</sup>

No entanto, têm-se observado, com certa frequência, uma má *performance* e uma distorção do processo de implementação da regulação em determinadas atividades e setores, que demonstra ser (total ou parcialmente) incompatível com os defeitos e falhas de mercado que se quer sanar [Reich (1985)]. E isso acaba por resultar, sobretudo pela ausência de racionalidade de determinada política regulatória, na impossibilidade de alcance dos objetivos a princípio pretendidos e, conseqüentemente, na crise de legitimidade dos

---

<sup>6</sup> Quanto a isso, D'Alberti (2010, p. 76) comenta: “*Certain national traditions in administrative law seemed to favor economic interests such as property and freedom of contract and enterprise. Nevertheless, there has been an increasing sensitivity to social values as well. The history of administrative law after the Second World War shows a steadily wider interest representation and a progressively stronger protection of an ample sphere of rights. [...] Today, however, some spheres of global economic law, such as within the WTO on international standards governing financial markets, are still marked by imbalances in favor of the stronger interests. It is thus time to translate more explicitly the sensitivity to social values that one finds in certain national traditions of administrative law into the global sphere*”. A esse respeito, vale conferir, ainda, Peltzman (2004), segundo quem, apesar de o cenário da regulação nos Estados Unidos ter mudado consideravelmente nas décadas de 1990 e 2000, a regulação de alguns setores consolidou, ou mesmo aumentou o respectivo raio de incidência: regulação ambiental, segurança do trabalho, indústria hospitalar, mercado de capitais, instituições financeiras, relações de trabalho. Já em outros setores, como os de transporte terrestre e aéreo, teria ocorrido uma redução substancial, ou mesmo a eliminação, da regulação de aspectos envolvendo a entrada e a saída dos mercados, bem como da regulação de preços, em prol da maior liberdade econômica dos setores privados em questão. Na mesma linha, Collins (1999, p. 4), citando a diferenciação estabelecida pelo sociólogo Durkheim entre a solidariedade mecânica (típica de sociedades tradicionais) e a solidariedade orgânica (fundamental às sociedades modernas), refere que “[...] *law always varies as the social relations which it governs*”.

programas regulatórios e da confiança sobre eles depositados pelos agentes privados afetados.<sup>7</sup>

A esse respeito, Sunstein (1990b) denomina tais defeitos a que o processo regulatório está sujeito de “*paradoxes of the regulatory state*” (paradoxos do Estado regulador), os quais resultariam em estratégias “autodestrutivas” que acabam por atingir um fim oposto ao originalmente intencionado pelo agente regulador ou ao único que justificaria uma intervenção na esfera privada.<sup>8</sup> Como exemplos de tais paradoxos o autor cita as seguintes hipóteses: (i) produção de “sub-regulação” por uma regulação excessiva; (ii) aumento dos níveis de risco agregado por meio de programas regulatórios rigorosos; (iii) atraso no desenvolvimento tecnológico pela exigência da melhor tecnologia disponível; e (iv) dano aos grupos sociais mais marginalizados em razão de medidas regulatórias redistributivas.<sup>9</sup>

Há, com isso, a necessidade de definir de que forma cada setor específico da realidade socioeconômica e suas respectivas falhas são mais eficientemente regulados – isto é, em qual extensão e com qual intensidade –, bem como os programas adequados para tornar seus objetivos efetivos, de acordo com o contexto envolvido.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Conforme sustenta Reich (1985, p. 25), com base nas lições do filósofo e sociólogo Habermas, “O Estado ganha legitimidade não apenas garantindo uma ordem auto-regulada formalmente, mas a partir da promessa de limitar abusos praticados no ambiente de mercado. Falhar nessa tarefa vai conduzir a ação estatal a crises de legitimidade, não a crises econômicas”.

<sup>8</sup> No entanto, do conceito de “paradoxos da regulação” o autor exclui outras patologias regulatórias, por exemplo, estratégias cujos custos excedem os benefícios ou que são atingidas por consequências adversas não esperadas.

<sup>9</sup> Tais paradoxos são detalhadamente descritos em Sunstein (1990b, p. 413-424).

<sup>10</sup> Nessa linha, vale destacar, mais uma vez, a relevante observação feita por Reich (1985): “o que pode estar correto para um tipo de regulação pode não estar correto para outro tipo” (p. 21). Isso porque, segundo ele, a análise econômica da regulação deve ser “cuidadosamente feita na avaliação de mercados específicos, das falhas de mercado originais que levaram à ação regulatória e das disfunções adicionais que a própria regulação gerou” (p. 21).

Essa medida se justifica porque, em determinadas atividades, o modelo de regulação que, em vez de impor determinados padrões, procura induzir o comportamento dos agentes envolvidos em direção a práticas socialmente desejáveis e mais benéficas, lançando mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, pode mostrar-se mais adequado para o alcance dos objetivos formulados.

Isto é, muitas vezes, normas jurídicas do tipo “comando e controle”, com imposição de diretivas, podem dificultar sua aceitação no mercado privado ou ser tão rigorosas a ponto de tornarem-se impraticáveis ou de difícil observância. Sem que se possa abdicar, porém, de alguma dose de interferência estatal corretiva, modelos menos invasivos sobre a esfera individual, com a preservação, na maior medida possível, da liberdade de escolha do particular, e com o estabelecimento de sistemas de incentivo que o chamem a colaborar com os objetivos estatais, podem ser instituídos como alternativa economicamente mais eficiente.

Em resumo, o que se pretende demonstrar é que o modelo de indução, em substituição a um modelo rígido e coercitivo, ao incentivar o estabelecimento de um sistema de cooperação voluntária, pode melhor atender aos objetivos de eficiência e racionalidade da atividade estatal. Afinal, confere-se maior legitimidade ao processo regulatório resultante de uma relação consensual entre ente público e particular, voltado à orientação estatal – e não à imposição – das escolhas privadas e dos resultados daí decorrentes.<sup>11</sup> O tratamento em conjunto dos diferentes interesses envolvidos tende, pois, a incrementar a capacidade de aceitação externa dos efeitos do ato

---

<sup>11</sup> Segundo o paternalismo libertário de Cass Sunstein, “os novos desdobramentos devem fortalecer, a um só tempo, o compromisso com os princípios da liberdade de escolha e o argumento a favor da moderada orientação de escolhas” [Thaler e Sunstein (2009, p. 276)].

estatal decisório, estabelecendo-se interações sociais de comprometimento e colaboração e preservando-se uma atuação individual ao mesmo tempo autônoma e responsável.

Essa renovada concepção pode ser associada com o que Thaler e Sunstein (2009), nos Estados Unidos, denominam de “paternalismo libertário”, voltado para a arquitetura de escolhas por parte do Estado, por meio da indução do comportamento individual em direções previsíveis, sem subtrair por completo, porém, sua margem de liberdade.

E, justamente nesse cenário de ascensão de um novo modelo regulatório de incentivo a determinados comportamentos econômicos, insere-se a utilização da licitação como instrumento de fomento a determinadas atividades e setores, bem como de indução a práticas e resultados social e economicamente benéficos ao desenvolvimento do país.

Isso porque, em vez do mero arranjo convencional marcado pela imposição de deveres e obrigações aos agentes privados que interagem com a Administração, a licitação vem sendo progressivamente incluída em um sistema mais complexo de coordenação entre a racionalidade individual (voltada, em regra, para a satisfação de meros interesses individuais egoísticos) e metas coletivas mais amplas, como se vai descrever em seguida.

## **A utilização da licitação como novo instrumento de regulação indireta**

Diante do exposto e, partindo-se da premissa de que a norma jurídica incide, ao menos de modo indireto, nas escolhas estratégicas formuladas pelos agentes privados (que adotarão, em geral, aquelas

que lhes forem financeira e economicamente mais vantajosas), cumpre verificar em que medida o sistema jurídico atual incentiva os indivíduos a reagirem conforme as preferências estatais.

No âmbito específico da atividade licitatória, objeto do presente estudo, tal esforço de adequação das racionalidades individuais dos agentes de mercado à racionalidade coletiva tem crescentemente conduzido à adoção do instituto com a finalidade de serem promovidos objetivos constitucionalmente protegidos, que vão além da seleção da proposta economicamente mais vantajosa para a Administração.

Aproveitando-se, assim, de seu grande potencial de mobilização de diversos setores da economia por via das compras governamentais – que, no Brasil, movimentam recursos estimados em 10% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional –, a Administração Pública tem cada vez mais inserido em seus editais de licitação requisitos de participação e exigências voltadas à qualidade do objeto licitado, com o objetivo principal de fomentar determinados setores, atividades ou práticas de mercado socialmente desejáveis. Com isso, critérios outros, além do menor preço, vêm sendo cada vez mais incorporados aos processos licitatórios para fins de seleção do parceiro privado, tais como a eficiência e o respeito ao meio ambiente, aos direitos humanos, sociais e trabalhistas, bem como às tradições culturais da população local.

Isso porque esse grande poder de influência que as compras públicas, em razão de seu volume, exercem sobre a economia acaba indiretamente impondo ao mercado afetado sua conformação às novas exigências balizadoras dos processos seletivos da Administração, gerando, como resultado, repercussão significativa sobre a atuação da iniciativa privada e importantes transformações em cadeia, que podem ir desde a produção da matéria-prima até o recebimento do produto final pelo consumidor. Caso contrário, a não adequação dos

agentes envolvidos às novas diretrizes licitatórias terá, como consequência inevitável, sua exclusão do profícuo mercado representado pelo Estado-consumidor.

Vejam-se, pois, os diferentes mecanismos já efetivamente implementados pela Administração Pública, seja em razão de disposição legal, seja com base em previsão editalícia, com o intuito de orientar a atuação do mercado via o instituto licitatório.

### **A indução de práticas socialmente desejáveis**

Em primeiro lugar, o incentivo a determinados comportamentos do mercado vem sendo promovido por meio da inserção, nos editais de licitação, de exigências quanto à qualidade ou às características técnicas do objeto pretendido.

Um interessante exemplo que pode ser dado nessa linha diz respeito à política brasileira de alimentação escolar, que vem se revelando um potencial mercado institucional de fomento às economias locais e regionais, de inclusão social e de respeito à cultura e ao meio ambiente e, portanto, uma importante estratégia de desenvolvimento sustentável.<sup>12</sup>

Diante desse cenário, diversos municípios do país já vêm, há alguns anos, incluindo, nos respectivos processos de compra voltados ao provimento dos programas de alimentação escolar, critérios de

---

<sup>12</sup> Os programas de alimentação escolar, ao seguirem essa diretriz, inserem-se na política de Desenvolvimento Regional Sustentável (DRS), que tem por objetivo impulsionar o crescimento das regiões do país de maneira sustentável, gerando e promovendo trabalho, renda e inclusão social, inserindo as pessoas nos mercados tanto consumidor como fornecedor, incentivando o associativismo, o cooperativismo e o empreendedorismo, bem como criando arranjos produtivos que possam contribuir para a formação do capital humano e social e para a circulação do capital econômico em âmbito local-regional [Carvalho (2009)].

sustentabilidade, superando, com isso, a adoção do menor preço como critério único de escolha do futuro fornecedor.

Entre as diretrizes atuais, o programa fomenta a aquisição de gêneros alimentícios diversificados e orgânicos, semielaborados e *in natura*, preferencialmente produzidos e comercializados na localidade, respeitando, assim, os hábitos alimentares e as práticas que fazem parte da cultura e da preferência alimentar regional [Carvalho (2009)].

No Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei 3.908/2002 proibiu a utilização de alimentos geneticamente modificados na composição da merenda escolar fornecida aos alunos dos estabelecimentos de ensino público do estado. Já no Espírito Santo, a criação do Projeto Compra Direta Local Capixaba da Agricultura Familiar destaca-se em razão do tratamento favorável às micro e pequenas empresas, dinamizando o emprego e o fluxo econômico da localidade, além de melhorar consideravelmente a qualidade da comida. Nas escolas de Florianópolis, introduziu-se a ostra na dieta dos estudantes, iniciativa que tem incentivado os produtores locais do marisco, que só vendiam sua produção em poucas épocas do ano. E, ainda, no Amapá, os editais de licitação passaram a prever a compra da castanha *in natura* para a alimentação escolar, o que permitiu às cooperativas fornecerem o produto em larga escala, aproveitando-se o Estado amapaense do potencial do fruto para a economia regional.

Como resultado, os programas de alimentação escolar vêm se firmando como um expressivo mercado consumidor de diferentes demandas reprimidas de ofertas de produtos, bens e serviços, contribuindo, dessa forma, na dinamização da economia local e regional, incluindo a rural, por meio da inserção, nesse mercado institucional, das pequenas empresas, do comércio local e do agricultor familiar.

Esse modelo, portanto, ao descortinar diferentes oportunidades de negócios, atua como relevante instrumento de indução de práticas com importantes repercussões e vantagens sociais.

Contudo, foi principalmente a partir da edição da Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010,<sup>13</sup> que ficou consolidada a possibilidade de utilização das licitações públicas como relevante mecanismo de desenvolvimento nacional sustentável.<sup>14</sup> Até o advento dessa lei, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública limitava-se, em regra, a uma avaliação de aspectos meramente econômicos, voltados à redução de custos. Todavia, o sentido da Lei 8.666/1993 – que consiste no estatuto geral das licitações e contratos administrativos – adquiriu novos e ampliados contornos com a inclusão expressa, pela referida lei, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação.<sup>15</sup> Consequentemente, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública deixaria de ser aquela que demonstre ter a melhor relação direta “custo-benefício” pelo

---

<sup>13</sup> Vale mencionar, porém, que, já em 2005, foi editado o Decreto 49.674/2005, do estado de São Paulo, estabelecendo procedimentos de controle ambiental para a utilização de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa em obras e serviços de engenharia contratados por aquele ente da federação.

<sup>14</sup> O conceito de desenvolvimento sustentável foi amplamente disseminado nas últimas décadas, sobretudo a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad/Unced, em inglês – mais conhecida como Rio 92). Tornou-se um divisor de águas nas políticas internacionais, com a assinatura de importantes documentos, tais como a Agenda 21, a Convenção-Quadro sobre Clima, a Convenção de Biodiversidade e o Protocolo de Florestas, tal como relata o *Guia de compras públicas sustentáveis*.

<sup>15</sup> “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

aspecto estritamente financeiro, passando a ser a que também possa propiciar, mesmo que a longo prazo, benefícios sociais, ambientais e econômicos duradouros para o país.

A esse respeito, estabelece a cartilha da *Agenda ambiental na Administração Pública* que “compras públicas sustentáveis”

consistem naquelas em que se tomam atitudes para que o uso dos recursos materiais seja o mais eficiente possível. Isso envolve integrar os aspectos ambientais em todos os estágios do processo de compra, de evitar compras desnecessárias a identificar produtos mais sustentáveis que cumpram as especificações de uso requeridas. Logo, não se trata de priorizar produtos apenas devido a seu aspecto ambiental, mas sim considerar seriamente tal aspecto justamente com os tradicionais critérios de especificações técnicas e preço (p. 48).

Nesse contexto, ainda em 2010, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão lançou o Portal de Contratações Sustentáveis do Governo Federal, voltado para a difusão de informações e práticas voltadas à contratação sustentável.

Seguindo a mesma diretriz, mas especialmente voltada para a questão ambiental, vale citar, por fim, a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, cujo Artigo 7º, Inciso XI, dispõe, entre seus objetivos, que haja:

- XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:
  - a) produtos reciclados e recicláveis;
  - b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;
- XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;

XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;

XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

Assim, na instauração de um processo de compra, caberá ao gestor público, na tomada de decisão, questionar quais produtos e/ou serviços podem causar menor impacto sobre o meio ambiente, levando-se em conta, por exemplo, o menor consumo de matéria-prima e de energia, a possibilidade de reciclagem, de reutilização e de descarte de materiais. Afinal, todas essas são reflexões fundamentais quando se consideram a escala das aquisições governamentais, o poder de compra dos poderes públicos e o efeito cascata que uma licitação produz sobre o mercado envolvido, multiplicando investimentos e criando um ambiente socialmente favorável na direção da sustentabilidade.

Como consequência natural, o Estado estará atuando em favor da criação de condições indutoras de uma interação social cooperativa e solidária, ainda que seja, em alguma medida, interessada no que diz respeito à proteção do meio ambiente.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões, já se manifestou quanto à correlação entre preservação ambiental e promoção da solidariedade social, conforme trecho do acórdão ora transcrito: “MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS [...]”.

Nesse diapasão, como se verifica, a legislação pátria,<sup>17</sup> ainda em processo de incipientes implementação e consolidação, vem estabelecendo um novo modelo de gestão do meio ambiente, tradicionalmente orientada por métodos de “comando e controle”, tendentes a dar enfoque a um meio específico ou a um único problema ambiental, estabelecendo-se exigências coercitivas, por exemplo, padrões tecnológicos rigorosos, limites e proibições. Como resultado, tais técnicas, em geral, acabam por resultar em um conflito de interesses entre atores privados e agente público regulador, impondo, como consequência, elevados custos sociais, até mesmo com o descumprimento das normas protetivas estabelecidas.

Com semelhante objetivo de induzir práticas de mercado econômica e socialmente mais benéficas, o Decreto 7.174, de 12 de maio de 2010 – que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela Administração Pública Federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo poder público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União –, estabelece, no Artigo 3º, Inciso II, que, nas aquisições de bens de informática e automação, o edital deverá conter exigências de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrolo-

---

<sup>17</sup> Tais normas foram editadas em consonância com o Artigo 170, Inciso VI, da Constituição Federal de 1988: “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: 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”; e também com a Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 31 de janeiro de 2002, nos seguintes termos: “Os países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) deveriam levar mais em conta as considerações ambientais na licitação pública de produtos e serviços (incluindo, mas não se limitando a, materiais de consumo, bens de capital, infra-estrutura, construção e trabalhos públicos)”.

gia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) que atestem a adequação a requisitos de: (i) segurança para o usuário e instalações; (ii) compatibilidade eletromagnética; e (iii) consumo de energia.

Para tanto, foi editada pelo presidente do instituto, depois da realização de consulta pública, a Portaria 170, de 10 de abril de 2012, que instituiu, no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação de Conformidade (SBAC), a “certificação voluntária para Bens de Informática”, cuja emissão cumprirá Organismo de Certificação de Produto (OCP), acreditado no referido instituto, consoante as exigências e os requisitos estabelecidos na norma.

Conforme disposto na própria portaria, sua edição tem como objetivo a “diminuição de acidentes, o aumento da qualidade e diminuição do consumo de energia de produtos”. Com isso, permite-se um maior controle, pela Administração Pública, da qualidade e eficiência dos bens de informática licitados e contratados, adotando-se, para tanto, modelos de padronização técnica internacional e de qualidade, os quais, ao romperem com barreiras técnicas, buscam facilitar o comércio internacional de produtos do setor de tecnologia.

Ou seja, mais uma vez a função regulatória da licitação revela um importante efeito indutor voltado à adoção, pelo mercado, de padrões técnicos e produtivos lastreados em protocolos de qualidade, promovendo-se, com isso, os legítimos interesses do consumidor final.

## **O fomento a atividade e setores econômicos específicos**

Ainda na esteira do novo objetivo introduzido pelas normas acima, a função de incentivo da licitação manifesta-se, também, por meio do fomento indireto a determinadas atividades e setores econômicos considerados estratégicos para o desenvolvimento do país.

Esse objetivo tem sido promovido, principalmente, por meio de mecanismos que estabelecem tratamento mais benéfico, no procedimento licitatório, para sociedades que se enquadram em determinadas categorias ou que estão voltadas para atividades específicas.

A norma que pioneiramente inaugurou o regime privilegiado foi a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 – que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte –, ao estabelecer, nos artigos 44 e seguintes, que: (i) nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as micro e pequenas, entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada (e, na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido será de até 5% superior ao melhor preço); (ii) a Administração Pública poderá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de micro e pequenas empresas, cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; (iii) poderá ser 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 30% do total licitado; e (iv) poderá ser estabelecida 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.

Nessa mesma linha, e a fim de incentivar a indústria nacional, de modo a gerar mais empregos e renda, estimular a inovação tecnológica e aumentar a arrecadação de tributos, entre outros objetivos, o Artigo 3º, § 5º, da Lei 8.666/1993, incluído pela já citada Lei 12.349/2010, previu a possibilidade de se estabelecerem, nos procedimentos licitatórios, margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Também foi prevista, no § 7º do mesmo dispositivo,

a possibilidade de se estabelecer margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país. Cabe, no entanto, ao Poder Executivo Federal fixar, por decreto, os percentuais referentes às margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, de acordo com o que estabelece o § 8º.

Assim, primeiramente adveio o Decreto 7.546, de 2 de agosto de 2011, regulamentando o disposto nos §§ 5º a 12 do Artigo 3º da Lei de Licitações, de modo a disciplinar a aplicação da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais e de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento, bem como para instituir a Comissão Interministerial de Compras Públicas. Tal comissão, de caráter temporário, tem atribuições específicas relativas à proposição e ao acompanhamento da aplicação das margens de preferência, tal como estabelece o Artigo 7º e seguintes do decreto.

Depois da definição, pela mesma norma, dos critérios gerais voltados à fixação das margens de preferência nas licitações públicas, outros normativos foram expedidos para disciplinar a aplicação do referido benefício na aquisição de objetos específicos. Por exemplo, o Decreto 7.709, de 3 de abril de 2012, estabeleceu que os editais de licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal, para aquisição de motoniveladores e retroescavadeiras, deverão contemplar a aplicação das margens de preferência de 25% e 15%, respectivamente. Já o Decreto 7.713, de 3 de abril de 2012, dispôs sobre a aplicação de margens específicas de preferência para aquisição de fármacos e medicamentos manufaturados no país. Ainda no ano de 2012, foram expedidos outros decretos que fixaram a aplicação de margens de preferência para a aquisição de produtos manufaturados nacionais específicos, tais como o Decreto 7.756, de 14 de junho de 2012 (para produtos

de confecções, calçados e artefatos), o Decreto 7.767, de 27 de junho de 2012 (para produtos médicos que observem o Processo Produtivo Básico), e o Decreto 7.816, de 28 de setembro de 2012 (para caminhões, furgões e implementos rodoviários).

Entre essas normas, a de mais destaque é o já citado Decreto 7.174/2010 (referente à contratação de bens e serviços de informática e automação), que passou a regulamentar as preferências já há algum tempo previstas no Artigo 3º da Lei 8.248/91 (Lei de Informática nacional), alterada pela Lei 10.176/01, mas, até então, sem qualquer aplicabilidade prática por ausência de regulamentação.

Foi instituída, então, preferência, na contratação de bens e serviços de informática e automação, para: (i) bens que dispõem de tecnologia desenvolvida no país e que sejam produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; (ii) bens com tecnologia desenvolvida no país; e, por último, (iii) bens produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal, nos termos do Artigo 8º, *caput* e parágrafos do Decreto 7.174/2010.<sup>18</sup>

O exercício do direito de preferência deverá, assim, ser concedido, naquela ordem, aos licitantes que estejam enquadrados em alguma dessas condições e cujas propostas finais estejam situadas até 10% acima da melhor proposta, sendo-lhes conferida, depois da obtenção da classificação das propostas (quando for adotado o tipo “técnica e preço”) ou depois da fase de oferta de lances (quando for utilizada a modalidade pregão), oportunidade para realização do desempate ficto, que consistirá na possibilidade de igualarem ou superarem o melhor lance ofertado na sessão

---

<sup>18</sup> A este respeito, conferir, ainda, o disposto no Artigo 5º do Decreto 7.174/2010, o qual regulamenta o Artigo 3º da Lei 8.248/1991.

pública. O efetivo exercício desse direito por um ou mais dos licitantes convocados resultará, por consequência, em nova ordem de classificação.

Ou seja, o programa normativo em questão inegavelmente procura fomentar a produção fabril e tecnológica no país, conferindo atraentes incentivos aos setores envolvidos. Esse objetivo fica mais claro quando verificada a definição que se atribui às duas categorias de preferências.

No que toca, em primeiro lugar, às empresas cujos bens e serviços dispõem de tecnologia desenvolvida no país, a Portaria MCT 950/2006 descreve-os como os bens de informática e automação que atendem às especificações, às normas e aos padrões adotados pela legislação brasileira e cujos projetos, especificações e desenvolvimentos são realizados no país, por técnicos de comprovado conhecimento em tais atividades, residentes e domiciliados no Brasil.

Essa mesma portaria estabelece, ainda, o procedimento e os critérios de reconhecimento da “condição de bem desenvolvido no país”, determinando que o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) deverá dar publicidade, no *Diário Oficial da União* e em sua página na internet, aos produtos e respectivos modelos que obtiverem a qualificação, o que se faz por intermédio da edição de portaria ministerial.

Por sua vez, os PPBs consistem em etapas fabris mínimas, estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) como uma das contrapartidas para que o fabricante possa usufruir de benefícios estabelecidos em lei. E, a partir da edição do Decreto 783/1993, os PPBs passaram a ser instituídos por meio de portarias interministeriais, assinadas pelos ministros do MDIC e do MCT, no

prazo máximo de 120 dias, a contar da data de solicitação realizada fundamentadamente por empresa interessada.

Em regra, a iniciativa de fixação de PPB para um produto específico é dada por empresa interessada em obter os incentivos respectivos. No entanto, cabe aos referidos ministérios avaliar e sugerir alterações no PPB proposto, de forma que seja atingido o máximo de valor agregado nacional, por meio do adensamento da cadeia produtiva. Depois de publicado, o PPB é válido para todas as empresas fabricantes daquele produto que forem habilitadas, individualmente, por meio de portaria interministerial, passando, assim, a serem beneficiadas com os incentivos fiscais estabelecidos pela Lei de Informática e com as referidas preferências. No entanto, o MCT e o MDIC podem realizar, a qualquer tempo, inspeções nas empresas para verificação da regular observância dos PPBs, conforme estabelecido pelo Decreto 5.906/2006 e regulamentado pela Portaria MDIC/MCT 177/2002.

Já em 2013, o Poder Executivo Federal publicou o Decreto 7.903, de 4 de fevereiro de 2013, que passou a estabelecer a aplicação, em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal, de margens de preferência normal (para produtos manufaturados nacionais) e adicional (para produtos manufaturados nacionais que tenham sido desenvolvidos no país) para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, conforme percentuais e descrições contidas em seu Anexo I.

Como se consegue facilmente vislumbrar, todo esse programa normativo integra uma política nacional que prioriza as compras públicas como meio para desenvolvimento da indústria brasileira e para incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico no país, bem como ao fomento de categorias empresariais que ocupam posição mais “vulnerável” no mercado, mas fundamentais para

o desenvolvimento socioeconômico do país, sobretudo no que diz respeito à geração de emprego e renda.

Logo, é possível concluir que os procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública Federal representam um terreno fértil, e ainda não integralmente explorado, para novas vertentes regulatórias, as quais, ao integrarem considerações ambientais e sociais em todos os estágios da contratação administrativa, beneficiando aqueles que atenderem a requisitos técnicos e de desempenho considerados relevantes,<sup>19</sup> visam à cooperação voluntária dos agentes econômicos envolvidos, em detrimento de modelos intervencionistas estatais repressivos. Isto é, direcionam-se, de forma consciente, às formas de produção e consumo, relegando-se à coerção papel secundário.

Esse incentivo torna-se efetivo à medida que as compras públicas são capazes, por seu volume, de criar um mercado atrativo e competitivo para negócios sustentáveis, aumentando, pela economia de escala, as margens de lucro dos fornecedores e reduzindo seus riscos. Esse cenário ganha ainda maior destaque quando levada em consideração a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP)<sup>20</sup> pela Administração Pública, na medida em que possibilita a contratação, por diferentes órgãos e entidades públicos, do mesmo objeto pretendido por meio de um único procedimento licitatório. Daí resulta que, uma vez previstos, no instrumento convocatório, critérios voltados à regulação do mercado, mais sig-

---

<sup>19</sup> É possível dar como exemplo exigências quanto ao emprego, em obras e serviços de engenharia, de produtos e subprodutos de madeiras exóticas, em substituição à utilização de madeiras nativas (conforme previsto no já mencionado Decreto Estadual paulista 49.674/2005), e quanto ao descarte adequado de resíduos sólidos de determinados produtos.

<sup>20</sup> SRP consiste, resumidamente, no conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras. Para uma análise mais aprofundada, ver Fernandes (2008).

nificativo será o alcance e a repercussão da medida, tendo em vista a ampliação das contratações passíveis de serem celebradas como decorrência do SRP.

### **A polêmica manifestação da função regulatória na licitação dos aeroportos do Galeão e de Confins**

Para concluir a presente seção, vale destacar outro exemplo, bastante recente e notório, de intervenção regulatória nas licitações com o intuito de fomentar, em sentido amplo e ao menos em tese, o desenvolvimento nacional sustentável, especificamente sob a vertente econômica. Trata-se do leilão para concessão à iniciativa privada dos aeroportos internacionais do Rio de Janeiro (Galeão – Antônio Carlos Jobim) e Tancredo Neves (Confins), cujo Edital de Licitação foi publicado em outubro de 2013.

O objetivo do governo federal, ao lançar mão da função regulatória nesses processos licitatórios, segundo o ministro da Secretaria de Aviação Civil (SAC), foi o de fomentar a competição para melhorar a infraestrutura aeroportuária do Brasil, decretando-se fim aos monopólios, sejam estes públicos ou privados, a fim de que os passageiros e demais usuários do sistema possam ter acesso a um sistema de serviços condizente aos prestados nos melhores aeroportos do mundo.

O mencionado processo concessório, no entanto, não tem escapado de críticas, tendo sido, ainda, submetido, em junho do corrente ano, a audiências públicas para a coleta de sugestões às minutas de edital e de contrato.

Durante as sessões presenciais das audiências públicas em tela, diversas questões foram abordadas, entre elas: a vedação à participação imposta aos acionistas das atuais concessionárias de infraestrutura aeroportuária no país; a existência de um estudo de

impacto regulatório que comprove a ocorrência de concentração de mercado, caso os aeroportos de Confins ou do Galeão sejam arrematados por acionistas das atuais concessionárias; os aspectos relativos à competição entre aeroportos, como a vedação de que uma mesma entidade ou grupo possa arrematar ambos os aeroportos; e as exigências de que o consórcio licitante comprove experiência prévia no processamento mínimo de 35 milhões de passageiros anuais em um único aeroporto e de que o operador aeroportuário participe com, no mínimo, 25% do capital presente no consórcio privado.

Alguns estudiosos e parte da sociedade que acompanha de perto o processo de concessão dos aeroportos mostraram-se cautelosos com o cenário demonstrado já nas audiências públicas, uma vez que a função regulatória da licitação, com vistas a fomentar o mercado de infraestrutura aeroportuária do país – objetivo este, em tese, tão almejado pelo governo brasileiro –, poderia, na realidade, estar prejudicando as empresas nacionais, por não favorecer o surgimento e a consolidação de um mercado interno consistente. O que se alegou é que o volume de movimentação de passageiros exigido pelo governo somente poderia ser atingido por algumas empresas estrangeiras, na maioria, estatais. Assim, enquanto as empresas estrangeiras já possuem uma reserva de mercado prevista no edital, as nacionais que atuam no setor estão limitadas a um aeroporto.

É oportuno destacar que o Conselho Nacional de Desestatização (CND) publicou, em 18 de janeiro de 2013, a Resolução CND 02/2013, que incluiu os aeroportos de Confins e do Galeão no Programa Nacional de Desestatização, além de estabelecer dois requisitos para participação no leilão em comento, os quais consistem justamente na participação societária equivalente a, no mínimo, 25% do consórcio licitante pelo operador aeroportuário (Infraero)

e na experiência prévia na operação de aeródromos (com movimentação mínima anual de 35 milhões de passageiros), já questionados na fase de audiências públicas, como citado anteriormente. Essas exigências evidenciam a introdução da função regulatória indireta do Estado por meio do procedimento licitatório.

O percentual mínimo de 25% do capital social do consórcio para participação da Infraero (operador aeroportuário), segundo o CND, objetiva garantir maior comprometimento da atuação da empresa responsável pela operação do aeroporto concedido com os resultados econômico-financeiros da concessionária, buscando maior alinhamento entre as atividades gerenciais e operacionais do aeroporto e seus resultados, justificativa esta que foi posteriormente aceita pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em sede de análise do presente processo concessório.

Entretanto, como ventilado, já no curso das fases de audiências públicas e de análise do processo concessório pelo TCU chamaram atenção algumas disposições contidas na minuta de edital do procedimento licitatório, notadamente aquelas que se referem à participação de licitantes no certame, em razão de seu potencial cunho restritivo à competição.

A Corte de Contas da União, em um primeiro momento de análise, verificou as premissas e os parâmetros que foram utilizados para definir o fluxo de caixa dos projetos e os valores mínimos da outorga. Algumas inconsistências apontadas nessa oportunidade foram corrigidas, o que significou um aumento nos valores mínimos de outorga. Assim, no Acórdão 2.466/2013 – Plenário, publicado no *Diário Oficial da União* em 11 de setembro de 2013, entre outras providências, aprovou-se, com ressalvas, o primeiro estágio de fiscalização da outorga para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos internacionais do Galeão e de Confins. Em razão das ressalvas apontadas e objetivando atender aos princípios da motiva-

ção, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, a publicação do instrumento convocatório da licitação ficou condicionada à adoção de providências pelo CND, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR) e pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), entre as quais se destaca a inclusão, no processo de concessão, dos fundamentos legais e técnicos da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Já em uma segunda fase de monitoramento, relatada no Acórdão 2.666/2013 – Plenário, a Corte de Contas, em sessão ordinária realizada em 2 de outubro de 2013, cuidou de verificar o cumprimento das recomendações indicadas no Acórdão 2.466/2013, também do Plenário. No que tange à exigência de comprovação, para fins de habilitação técnica, de experiência prévia do licitante em processamento de aeroportos com movimentação de, no mínimo, 35 milhões de passageiros em um dos últimos cinco anos, a justificativa do governo federal, após a publicação do primeiro acórdão, foi, em síntese, que a exigência buscava garantir a qualidade da operação de infraestruturas complexas, com elevadas necessidades de investimentos e de fundamental importância para as economias locais e nacionais. Alegou-se que, na rodada anterior de concessões dos aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos (quando foi requerida experiência no processamento de cinco milhões de passageiros em um dos últimos dez anos), os resultados dos certames evidenciaram grande interesse de grupos nacionais e internacionais na operação de aeroportos brasileiros, o que levou o governo a aumentar o corte mínimo para habilitação do operador, buscando atrair operadores de maior porte, em face da maior experiência na operação de in-

fraestruturas complexas. O governo esclareceu, ainda, que a experiência internacional em desestatização de aeroportos também foi levada em consideração, afirmando-se que, em média, as concessões avaliadas exigiram comprovação da operação de aeroportos que processaram 2,2 vezes a quantidade de passageiros do aeroporto concedido, de forma que, se aplicado esse fator aos casos em tela, seria possível exigir a experiência na operação de aeroportos com 38,5 milhões de passageiros/ano para o Galeão e com 22,9 milhões de passageiros/ano para Confins.

Diante disso, o governo entendeu, à época, que deveria manter a exigência de 35 milhões de passageiros para o Galeão e diminuí-la para vinte milhões no caso de Confins.

Todavia, durante a segunda fase de monitoramento do processo concessório, o TCU concluiu que os argumentos apresentados pelo governo federal continuavam frágeis e inaptos a demonstrar que o nível da exigência em questão seria adequado, sem potencialmente restringir, de forma indevida, a participação no certame.

Para tal órgão de controle, os princípios norteadores do Direito brasileiro e sua jurisprudência já consolidada, além de preverem que a licitação deve buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e seguir os princípios da igualdade, competitividade, entre outros, apenas admitem exigências de qualificação técnica e econômica consideradas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nesse ponto, ressalta o TCU que a experiência até então requerida seria muito superior ao fluxo atual de passageiros dos aeroportos do Galeão e de Confins (de 17,5 e 10,4 milhões, respectivamente, em 2012) e, pelas projeções futuras mostradas nos estudos de viabilidade, esses aeroportos apenas poderiam alcançar o fluxo de 35 milhões de passageiros em 2024 e 2038, respectivamente. Em suma, segundo o TCU, os estudos técnicos apresentados

eram inconsistentes, não embasavam e nem justificavam o uso do fator 2,2 para o cálculo do requisito em questão.

Como alternativas para assegurar a almejada competição no certame, a Corte de Contas recomendou o desenvolvimento de novos estudos necessários e suficientes para determinar os valores adequados para a comprovação da qualificação técnica e restringir a exigência editalícia aos valores devidamente fundamentados por esses estudos, submetendo-os novamente a sua apreciação, ou, então, limitar o quantitativo da exigência a valores projetados para o fluxo de passageiros no exercício de 2014 (data de início prevista para a concessão), em decorrência de interpretação razoável da legislação e de sua jurisprudência sobre a matéria.

Em contrapartida, com vistas a atender às recomendações do TCU, dada a pendência de fundamentação suficiente e razoável relativa à exigência de comprovação de experiência prévia do consórcio licitante na operação de aeródromos, o governo federal, por meio do Conselho Nacional de Desestatização, editou a Resolução CND 15/2013, de 2 de outubro de 2013, a qual, entre outras disposições, alterou, em seu Artigo 11, o parágrafo único do Artigo 6º da Resolução CND 02/2013, de modo a reduzir os quantitativos exigidos de processamento de passageiros anuais em um único aeroporto para 22 milhões e 12 milhões, aplicáveis, respectivamente, à concessão do aeroporto do Galeão e do aeroporto de Confins. Tal previsão, ao reduzir o quantitativo de movimentação anual de passageiros para fins de comprovação da capacidade técnica do consórcio licitante, buscou seguir as orientações do TCU, com o objetivo, portanto, de aumentar a competitividade no certame.

No que concerne à restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, ainda não havia nos autos do processo de monito-

ramento, quando da edição do Acórdão 2.466/2013 – Plenário, os fundamentos legais e técnicos para sua previsão.

Sobre esse ponto, a preocupação do mercado nacional e de estudiosos sobre o processo concessório em questão era de que tal medida restritiva pudesse atingir, indiscriminadamente, todas as concessionárias, de grande e de pequeno porte, uma vez que ainda não havia sido demonstrado pela Anac, por meio de estudos técnicos adequados, quais seriam os prejuízos reais para a concorrência (tais como concentração ou abuso de poder econômico) ao se admitir essas participações recíprocas. Portanto, segundo os críticos, as concessionárias de aeroportos pequenos, concedidos pelos Estados que são proprietários desses aeroportos ou que os administram por meio de convênios de delegação celebrados com a União, como é o caso dos aeroportos de Cabo Frio e de Porto Seguro, estariam impedidas de participar da licitação, e também as concessionárias de aeroportos maiores, como de São Gonçalo do Amarante, de Guarulhos, de Brasília e de Viracopos.

Posteriormente, entretanto, o governo federal expôs suas justificativas à Corte de Contas para a referida estipulação restritiva, concluindo, por fim, pela manutenção da vedação de que o vencedor da atual licitação seja concessionário dos aeroportos de Guarulhos, Brasília ou Viracopos, bem como de que um mesmo concessionário possa assumir os dois aeroportos previstos no objeto do certame. Ainda, caso a participação cruzada minoritária seja permitida pelo TCU, a participação desse sócio minoritário no Conselho de Administração deve ser vedada.

Assim, de acordo com os estudos apresentados pelo governo, algumas conclusões puderam ser extraídas pelo TCU, entre as quais: (i) a limitação à propriedade cruzada entre aeroportos estaria alinhada com práticas internacionais de concessões aeroportuárias em virtude da possível competição nas frentes “passageiros domésticos

e internacionais”, “conexões domésticas e internacionais”, “carga doméstica e internacional” e “contratos com empresas aéreas e outros prestadores de serviços”; (ii) a ausência de concorrência entre aeroportos observada em outros países tende a limitar investimentos em infraestrutura, diminuir a qualidade dos serviços e não incentiva a redução de custos de operação e a implementação de inovações tecnológicas e operacionais; (iii) no caso do Brasil, é desejável que os principais aeroportos do país estejam sob propriedade e controle de grupos distintos para induzir a competição direta ou indireta e comportamentos mais eficientes e permitir que o regulador possa observar as melhores práticas e soluções; (iv) os aeroportos do Galeão e de Confins competem entre si e com os aeroportos da rodada anterior de concessões em diversas das frentes avaliadas, de maneira que deve ser restrita a propriedade comum dos concessionários; (v) eventual flexibilização total da vedação tem implicações na regra que veda um mesmo licitante ganhar o leilão dos dois aeroportos em processo de concessão, com efeitos prejudiciais à competição no mercado aeroportuário e à regulação incidente.

Dessa forma, a Corte de Contas entendeu que, de fato, existem diversas razões que legitimam a decisão do poder concedente de vedar a participação de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária no certame, com o objetivo de estimular a concorrência no mercado e de pôr à disposição da sociedade todos os benefícios a ela inerentes, como melhores resultados em relação a preços e qualidade dos serviços. Logo, considerou o referido órgão de controle que os estudos demonstraram, tecnicamente, que a vedação é adequada e pertinente. Acrescentou, ainda, que, na hipótese de o poder concedente optar, em vez de vedar, por limitar a participação dos atuais concessionários, a participação deve ser inferior a 15%, de maneira a mitigar a influência na administração do negócio e evitar práticas anticoncorrenciais.

Como se pôde, portanto, observar, as medidas regulatórias relatadas, se não sopesadas, poderiam acabar por prejudicar o desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária brasileira, produzindo efeito contrário do desejado pelo poder público. Deve-se ter em mente que a introdução da função regulatória em licitações como instrumento de intervenção do poder estatal na economia de forma não coercitiva, induzindo os particulares a executarem atividades de interesse público pelo uso de incentivos e de estímulos de mercado, precisa ser sempre utilizada com muita cautela e razoabilidade pelo administrador público. É necessário que se faça, em cada caso concreto, uma ponderação entre os objetivos pretendidos pela medida interventiva e os interesses econômico-financeiros da Administração no âmbito do procedimento licitatório, como será analisado na seção seguinte.

Especificamente no caso do leilão dos aeroportos aqui relatado, vale, por fim, ressaltar o quanto o exercício de ponderação de interesses foi necessário e, ao mesmo tempo, difícil. O governo federal, no âmbito de seu poder discricionário, delimitou os parâmetros que entendeu razoáveis e adequados para a concessão do serviço e buscou motivar devidamente suas escolhas, direcionadas ao fim comum. A restrição à competição, desde que dotada de razoável motivação, pode ser necessária para atingir genuinamente o interesse público. A tal conclusão também chegou o TCU no que se refere, por exemplo, à restrição cruzada dos concessionários no procedimento licitatório em discussão. No caso estudado, fica ainda evidente que o interesse público não se traduz, apenas, em buscar a proposta mais vantajosa – em seu sentido mais estrito (o econômico) –, mas também em fomentar a infraestrutura aeroportuária brasileira, para que esta seja autossuficiente e de qualidade. Portanto, o Estado passou a perceber que sua intervenção regulatória pode ser mais eficaz se exercida indiretamente, em óticas diversas, por intermédio de instrumentos menos coercitivos, como as licitações públicas.

## **O difícil balanceamento entre o papel regulatório das licitações públicas e a desejável obtenção da proposta economicamente mais vantajosa pela Administração**

Em que pese a relevância das normas descritas acima como instrumentos de indução de determinadas práticas de mercado, se, de um lado, o processo de criação do Direito deve voltar-se para uma atuação estratégica, capaz de afetar as escolhas individuais e canalizá-las na direção de critérios socioeconômicos relevantes, não se deve esquecer, de outro, as peculiaridades do entorno com que a política regulatória vai, em cada caso, interagir [Calsamiglia (2001)].

A esse respeito, Salomão Filho (2002) esclarece que o aparecimento ou não da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam seu desenvolvimento. Acrescenta, ainda, que as instituições requeridas pela cooperação devem ser as estritamente necessárias para criar as condições de seu aparecimento. E, uma vez criadas tais condições, o cumprimento das decisões públicas vai se fazer de forma natural, e não coercitiva.

Importa verificar, transpondo-se, assim, esse raciocínio para a atividade licitatória, em que medida sua utilização como instrumento público de fomento pode acabar prejudicando o alcance de sua principal finalidade: a obtenção da proposta de preços mais vantajosa para a Administração, assegurada, sobretudo, pela mais ampla participação dos agentes econômicos interessados.

Isso porque, em primeiro lugar, o estabelecimento de determinados requisitos extraeconômicos que restringem a participação no certame licitatório tende a comprometer a competitividade e, conseqüentemente, a disputa entre os participantes por meio da redução dos respectivos preços ofertados à Administração.

Ademais, o favorecimento de determinados setores (como daqueles que produzem de acordo com um PPB ou que detêm tecnologia

produzida no país) e a imposição de critérios de qualidade (como os de sustentabilidade e de eficiência energética), em regra, oneram os custos de produção ou de execução do objeto licitado, custos que, inevitavelmente, acabam sendo repassados para o órgão ou a entidade licitante.

Antes de ser proposta qualquer solução para esse conflito entre a economicidade da licitação e a promoção da medida de incentivo, o primeiro passo inevitável consiste em verificar o preciso conteúdo do dever que se impõe à Administração na busca da proposta mais vantajosa, nos termos do que dispõe o Artigo 3º da Lei 8.666/93.

Lógico é que a valoração da vantagem da proposta envolverá sempre uma avaliação econômica voltada para a busca do menor preço. No entanto, a mera vantagem financeira pode não se revelar suficiente ao alcance da finalidade almejada em concreto pela Administração, de forma que o critério de julgamento do menor preço não significa vedação ao estabelecimento de certas exigências também quanto à qualidade do objeto. Até porque a contratação de um serviço e a aquisição de um bem a preços reduzidos, mas com qualidade questionável, podem, no futuro, trazer prejuízos ainda maiores para a Administração, haja vista a probabilidade de que o contrato venha a ser executado de forma deficiente, não atendendo suficientemente aos objetivos pretendidos. Por conseguinte, terá a Administração de se socorrer de um novo processo de compra, que sempre envolverá o dispêndio de recursos, onerando ainda mais a máquina administrativa.

Quanto a isso, afirma Justen Filho (2009b, p. 63-65):

A licitação busca selecionar o contratante e a proposta que apresentem as melhores condições para atender a reclamos do interesse coletivo, tendo em vista todas as circunstâncias previsíveis (preço, capacitação técnica, qualidade etc.).

[...]

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

Confira-se, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas da União a esse respeito:

14. Assim, proposta mais vantajosa não significa apenas preço mais baixo. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por essa Corte. O administrador continua a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificações dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los [Acórdão 290/2006 – Plenário – min. rel. Augusto Nardes].

41. Registre-se que este Tribunal já se manifestou no sentido de que a interpretação da inexequibilidade de preços deve se coadunar com o princípio da supremacia do interesse público, de modo que as condições pactuadas em uma licitação, além de vantajosa para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada [Acórdão 6349/2009 – Segunda Câmara – min. rel. André Luís de Carvalho].

Portanto, a análise em relação a quão vantajosa é a proposta deve levar em consideração, além do preço, outros fatores de igual relevo, como a eficiência e o aprimoramento técnico da contratação. Isto é,

a escolha da Administração em suas compras públicas não deve ser orientada tão somente pela busca dos menores custos, o que poderia comprometer gravemente a finalidade contratual pretendida.

Partindo-se, assim, dessa premissa, de que proposta mais vantajosa não equivale necessariamente àquela com menor preço, pode-se concluir que a atribuição de função regulatória à licitação não afronta o escopo da licitação, mas, ao contrário, incrementa a desejável qualidade das aquisições públicas.

Entretanto, levando-se esse novo paradigma a um extremo, o objetivo econômico-financeiro da licitação pode acabar amplamente comprometido, atribuindo-se exagerada primazia a critérios extraeconômicos. Para evitar, impõe-se, portanto, que o material normativo ora descrito seja sempre interpretado sendo tão somente **facultada** à Administração a adoção dos diferentes instrumentos de fomento, de acordo com as peculiaridades envolvidas em cada caso.

Isso significa que cumprirá ao gestor público avaliar, em primeiro lugar, a relevância normativa do bem jurídico a ser promovido via licitação, tendo, inegavelmente, maior peso os objetivos protegidos por constituição, em especial os relacionados ao desenvolvimento social e econômico e à redução das desigualdades.

Aragão (2013, p. 326), corroborando esse entendimento, avalia que as

funções extraeconômicas das licitações, especialmente aquelas substanciadas na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais, deverão sempre encontrar respaldo no sistema constitucional e deverão resistir à análise de sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e isonomia.

Ou seja: além dos objetivos já mencionados na seção anterior, a Administração tem também buscado promover outros valores de igual natureza constitucional, por exemplo, o princípio da livre-concorrência.

Justamente com esse objetivo, podem-se citar os critérios que foram estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) limitando a participação de empresas na 8ª Rodada de Licitações para outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural, destacando-se, dentre outros, a fixação, no respectivo edital, de “quantidade máxima de áreas a serem exploradas que poderiam ser disputadas por uma única empresa, prevendo os limites máximos de ofertas vencedoras por operador, para cada setor”. A autarquia defendeu a restrição estabelecida alegando a necessidade de aumentar o número de empresas atuantes no setor e o consequente crescimento da concorrência entre elas.

Submetido o caso ao Supremo Tribunal Federal, entendeu a Corte que a medida atacada seria legítima, por visar à efetivação, pela Administração, de políticas públicas que pretendem dar suporte material ao desenvolvimento e crescimento econômico do país. Admitiu, portanto, o item editalício com conteúdo regulatório, de fomento à multiplicação concorrencial dos agentes econômicos.

Uma vez constatada, assim, a relevância normativa do valor pretendido, é importante verificar, em seguida, a especificidade do objeto licitado e a efetiva capacidade do mercado fornecedor em atender satisfatoriamente às exigências estabelecidas. Isto é, se o critério fixado já consiste em prática atual do mercado ou de possível implementação pelos agentes privados que tiverem de se adequar ao conteúdo editalício.

Afinal, medidas excessivamente onerosas podem acabar, sem dúvida, afastando potenciais interessados em participar do certame e, por conseguinte, comprometendo a consecução do procedimento licitatório; ou, igualmente grave, onerando demasiadamente os custos e ônus arcados pelo contratado, mas sempre repassados ao poder público.

Isso significa, portanto, a realização de uma análise de custo-benefício da medida de incentivo, isto é, uma análise comparativa entre os benefícios econômico-sociais que se quer por ela alcançar e os prejuízos que pode acabar impondo aos cofres públicos por meio de contratações mais onerosas. É o que entende, mais uma vez, Aragão (2013, p. 327), segundo quem é necessário haver

uma ponderação razoável entre os objetivos econômicos e extraeconômicos das licitações, mantendo-se a preponderância daquele, que deve permanecer sendo o objetivo primordial (apesar de não necessariamente o único) das licitações.

Deve ser conferida a devida atenção, ainda, ao princípio da isonomia que, no caso específico dos procedimentos licitatórios, impõe que seja assegurada, segundo Artigo 37, Inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, “igualdade de condições a todos os concorrentes”, sem que se possa conferir, portanto, tratamento diferenciado sem qualquer fundamento constitucional.

Ou seja, a fixação de fatores de escolha do futuro fornecedor que vão além da escolha do menor preço deve se limitar a critérios diferenciadores razoáveis, passíveis de justificarem a desigualação entre os interessados. E isso implicará a incidência do postulado da “vedação do excesso”, a fim de que sejam adotadas tão somente as medidas estritamente necessárias ao alcance da finalidade pública pretendida.

Importante ressaltar, porém, que o afastamento em concreto das medidas de regulação, previstas na legislação hoje vigente, sempre vai impor uma detalhada fundamentação por parte do administrador, justificando-se as razões que orientaram a não adoção do instrumento em cada caso. Do contrário, seria deixado um espaço decisório muito amplo a favor da Administração, em detrimento dos objetivos que se quer com a política de fomento atingir.

Acrescente-se, por fim, que a adoção equilibrada desses instrumentos de incentivo demanda uma regulamentação normativa clara e minuciosa, sem que se deixem ao critério de cada Administração a forma e as hipóteses de sua aplicação, sob pena de ser ampla e indevidamente adotada em detrimento do escopo principal da licitação.

Esse foi o entendimento recentemente exposto pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.317/2013 – Plenário, conforme demonstra o seguinte trecho:

2. A introdução do conceito de “Desenvolvimento Nacional Sustentável” no Art. 3º da Lei 8.666/1993 não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros e, (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo Federal.

Relatório elaborado por Grupo de Trabalho analisou as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório. A mencionada Lei introduziu o conceito de “Desenvolvimento Nacional Sustentável” dentre os princípios contidos no art. 3º da Lei 8.666/1993. O relator, endossando as conclusões do Grupo de Trabalho, ressaltou que *“as políticas públicas [...] que visam à adoção de medida da restrição entendida como necessária para garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, por envolver aparato normativo complexo para a sua concretização, dependem de regulamentação a fim de afastar qualquer possibilidade de discricionariedade”*. Dessa forma, *“a preferência deve ser viabilizada mediante a ação normativa e reguladora do Estado, visando a promover maior eficiência e qualidade do gasto público”*. Com fundamento na tese apresentada pelo Grupo de Trabalho, defendeu a antijuricidade de decreto autônomo e afirmou a impossibilidade do estabelecimento de vedação à participação de produtos manufaturados ou serviços estrangeiros em licitações: *“Não há previsão, no direito positivo brasileiro, de decreto autônomo. Todo ato regulamentar do Poder Executivo deve estar fundado em lei. Ao abraçar essa convicção, verifico que o §8º do art. 3º Lei 8666/1993, com a alteração introduzida pela Lei 12349/2010, estabelece que as margens de preferência sejam fixadas por ‘ato do Poder Execu-*

*tivo Federal', limitadas a 25% 'sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros'. Observo que a lei não estabeleceu 'vedação' a produtos ou serviços estrangeiros e, sim, 'margens de preferência'. Por fim, concluiu que "enquanto não for publicado Decreto estabelecendo os percentuais das margens de preferência e discriminando a abrangência de sua aplicação, não cabe ao gestor adotar, ao seu juízo, restrições objetivando a aquisição de produtos nacionais nos editais licitatórios, em detrimento aos produtos estrangeiros". O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu que: a) é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação; b) é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação.*

Nesse tocante, importante atentar, ainda, para os limites impostos pelos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93, que estabelecem, nos termos do Artigo 37, Inciso XXI, da Constituição, o rol taxativo dos requisitos de habilitação que podem ser exigidos pela Administração em face dos licitantes, seja com base em norma infralegal, seja diretamente no instrumento convocatório.

A esse respeito manifestou-se novamente o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas, dessa vez, de forma contrária ao critério de habilitação fixado em lei do Distrito Federal, na qual foi proibida a contratação, pela Administração, de empresas que "discriminarem na contratação de mão de obra pessoas que estejam com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito". A medida foi, assim, julgada inconstitucional, por afronta ao dispositivo referido, que restringe as exigências de qualificação técnica e econômica àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, vedando, portanto, a instituição de critérios de habilitação para fins diversos dos previstos no instrumento convocatório.

## Conclusão

Diante do exposto, procurou-se demonstrar que, apesar de ainda incipientes, os primeiros passos vêm sendo dados em direção a novas diretrizes regulatórias, voltadas para o estímulo à cooperação voluntária e para a inserção da solidariedade no âmbito do Direito, prometendo um futuro de superação de modelos repressivos, que, muitas vezes, em razão de seu rigor, distanciam-se das finalidades sociais originalmente pretendidas.

Como demonstrado, no caso específico da licitação como um instrumento de regulação em ascensão, sua adoção com essa finalidade tem possibilitado ao poder público induzir práticas socialmente relevantes e fomentar o desenvolvimento econômico de setores mais vulneráveis, na medida em que a Administração: (i) consiste em uma importante compradora, usuária e consumidora de recursos; (ii) é capaz de viabilizar novas formas de produção; (iii) cria demanda, viabilizando a produção em larga escala e um efeito cascata sobre os fornecedores, multiplicando investimentos privados na direção desejada; (iv) incentiva a inovação por parte dos produtores e prestadores de serviços e; (v) detém um significativo poder multiplicador, em razão da visibilidade de suas ações.

Por todos esses motivos, pode ser facilmente constatada a tendência evolutiva do legislador pátrio de regular a intervenção na economia de uma forma menos impositiva e socialmente mais cooperativa, por meio do instrumento licitatório, que cada vez mais passa a ser visualizado por uma ótica constitucional, de consagração de valores pluralísticos e como um vetor de garantia dos interesses da coletividade.

Mas, apesar de as diversas experiências exitosas demonstrarem que é possível combinar o sistema de compras públicas com a implementação de determinadas finalidades coletivas, justamente em

razão da novidade do tema, sua adoção impõe que as escolhas do administrador sejam cautelosas, de forma que não sejam gerados efeitos empíricos reversos dos originalmente pretendidos pelas medidas de incentivo.

## Referências

- AGENDA AMBIENTAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Brasília: MMA, 2009. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/\\_arquivos/cartilha\\_a3p\\_36.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2013.
- ARAGÃO, A. S. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, G. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CALSAMIGLIA, X. *Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación*. Alicante, 2001. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141856.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.
- CARVALHO, D. G. *Licitações sustentáveis, alimentação escolar e desenvolvimento regional: uma discussão sobre o poder de compra governamental a favor da sustentabilidade*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/12/14>>. Acesso em: 2 set. 2013.
- CASSESE, S. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.
- COLLINS, H. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- D'ALBERTI, M. Administrative Law and the public regulation of markets in a global age. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- DUARTE, D. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- FARIAS, J. F. C. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, J. U. J. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- GIL, E. J. V. *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009b.
- MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: MATTOS, P. T. L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia – o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, O. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PELTZMAN, S. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, P. T. L. (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- REICH, N. *Mercado y Derecho*. Trad. A. Font. Barcelona: Ariel, 1985.

\_\_\_\_\_. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? In: MATTOS, P. T. L. (Coord.). *Regulação econômica e democracia – o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

ROSE-ACKERMAN, S.; ROSSI, J. Takings Law and Infrastructure Investment: certainty, Flexibility and Compensation. *Working Paper # 220*, Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Yale Law School, Aug. 1999.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e Desenvolvimento. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARMENTO, D. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interesses públicos versus privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNSTEIN, C. *After the rights revolution: reconceiving the Regulatory State*. Harvard: Harvard University Press, 1990a.

\_\_\_\_\_. Paradoxes of the regulatory state. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, 1990b.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VANBERG, V. J. *Mercados y regulación: el contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional*. México: Isonomía, 2002.