MARINA FONTÃO ZAGO

**PODER DE COMPRA ESTATAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS:
O USO DERIVADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo – SP

2017

MARINA FONTÃO ZAGO

**PODER DE COMPRA ESTATAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS:
O USO DERIVADO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2017**

Nome: ZAGO, Marina Fontão

Título: Poder de Compra Estatal para a Implementação de Políticas Públicas: o Uso Derivado da Contratação Pública

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

Prof. Dr.

Julgamento:

Instituição:

Assinatura:

*Aos meus queridos pais, **MÁRCIA** e **MARCO**,*

*que me ensinaram a caminhar sempre perguntando
pra onde vai a estrada, mas entendendo que o
caminho só se faz ao andar.*

AGRADECIMENTOS

Tenho a alegria de perceber que, por causa deste doutorado, vivi experiências únicas, conheci pessoas incríveis, e tive o suporte e o carinho de amigos tão queridos. Faço aqui uma tentativa de listar aqueles que tanto contribuíram e deram sentido a essa caminhada, como forma singela de mostrar meu imenso agradecimento.

Ao meu orientador, Professor **FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO**, agradeço infinitamente pela oportunidade que me proporcionou; pela disposição em ensinar; pela paciência e compreensão; e, especialmente, pela preciosa orientação e supervisão que me ofereceu ao longo desta tese. Eu pude contar com um orientador que me apoiou e confiou em mim em cada decisão que tomei; que me ofereceu oportunidades acadêmicas diversas, que me fizeram amadurecer junto com meu trabalho e contribuíram imensamente para minha formação; que me proporcionou um diálogo ora reconfortante, ora desafiador, e sempre instigante e preciso. Querido Professor Floriano: muito obrigada por me orientar nesta etapa (em mais esta etapa) tão relevante para minha formação acadêmica e também pessoal.

Aos Professores **FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA** e **DIOGO COUTINHO**, que fizeram parte de minha banca de qualificação, agradeço pelas críticas e sugestões que me forçaram a repensar minhas ideias e, com isso, me dar segurança sobre a trilha que iria seguir.

Tive a sorte de, por conta da tese, ter um sonho tão sonhado tornar-se realidade: vivenciar a experiência de passar pela Yale Law School, como *visiting researcher*. Foi uma experiência incrível, que tanto me permitiu amadurecer acadêmica e pessoalmente, e que só seria possível com a aceitação do Professor **DANIEL MARKOVITS** e de **BRADLEY HAYES**, a quem sou extremamente grata pela oportunidade que me foi oferecida e pela recepção sempre tão cuidadosa. Agradeço imensamente à Professora **SUSAN ROSE-ACKERMAN** que, com sua genuína curiosidade sobre o direito (e o mundo) comparado, me ofereceu a oportunidade de participar de suas aulas e dialogar comigo sobre meu tema, sempre estimulando a pensar as questões da gestão pública de forma consistente e em perspectivas diversas.

A ida à YLS não seria possível sem a enorme ajuda e orientação que recebi da brilhante e mais generosa acadêmica que conheço, **JULIANA BONACORSI DE PALMA**;

obrigada por tudo, Jú. Agradeço ainda pela companhia constante da querida **VERA KARAM DE CHUEIRI**, que tantas pontes construiu entre as pessoas que passaram pela pequena (mas nada monótona) New Haven; que tanto e tanto me ensinou e me ajudou; e que tornou meus dias longe de casa mais alegres, mais leves e ainda mais interessantes. À **PAUL TIPPLE**, que fez parte (via skype) dessa caminhada desde seu início, agradeço por toda a ajuda, por todas as nossas conversas matinais, pelas trocas de ideias e por atender a todos os meus “*mayday callings*”.

Também agradeço ao Professor **CHRISTOPHER YUKINS**, da George Washington University Law School, que foi extremamente generoso em me receber e debater comigo sobre meu tema – uma conversa incrível e determinante para me dar clareza e confiança quanto aos rumos deste trabalho.

Agradeço aos colegas **LÍVIA WANDERLEY** (a quem tive como companhia na minha primeira monitoria no Largo São Francisco), **MARINA CARDOSO DE FREITAS**, **ANDRÉ ROSILHO**, **JOSÉ JAIR MARQUES**, **JULIANA BONACORSI DE PALMA**, **MARIANA CHIESA**, **MAÍS MORENO** e **RODRIGO MIRAGAYA**, pelos excelentes comentários tecidos ao meu projeto nas rodadas de debates realizadas pelo nosso orientador. Foi, certamente, o ambiente mais encorajador para a primeira “arguição pública” do meu tema de estudo.

À Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, nas pessoas de **ROBERTA SUNDFELD** e **CARLOS ARI SUNDFELD**, obrigada pela oportunidade de participar das atividades da Escola de Formação, inicialmente como aluna e, depois, como orientadora e colaboradora. Foi nesse ambiente tão colaborativo e diverso que meus olhos brilharam, talvez pela primeira vez, pelo direito e pelas atividades de pesquisa e ensino, muito definindo o caminho que viria a seguir.

Agradeço ainda a cada um dos colegas do escritório **MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES**, time que tenho a felicidade de integrar já há dez anos, e com o qual aprendo algo novo, dia a dia, todo dia. Registro meu especial agradecimento a **FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO**, **TATIANA MATIELLO CYMBALISTA**, **JOSÉ ROBERTO MANESCO** e **EDUARDO DE OLIVEIRA RAMIRES**, por confiarem em mim em tantos e tantos projetos bacanas e inovadores, me oferecendo a oportunidade de aprender em conjunto e de contribuir. À querida Tatiana, deixo um carinhoso obrigada por me ensinar, desde minha época de estágio, a ouvir, a indagar, a ponderar e então a concluir – nesta exata ordem.

E, neste mesmo escritório, tenho ainda a chance de conviver com mulheres alegres e bacanas que, além de profissionais inteligentes e competentes, são também acadêmicas fantásticas. Com isso, pude contar com a revisão cuidadosa de cada página deste trabalho, com críticas pertinentes e, mais do que isso, com um diálogo sincero. **FERNANDA RODRIGUES RUDNIK** (com quem tive a sorte de poder compartilhar e conversar sobre cada ideia e aflição desta tese), **MARINA CARDOSO DE FREITAS** (companheira de muitas aventuras acadêmicas e profissionais ao longo deste trabalho), **NARA MERLOTTO** (que sempre me surpreende com sua empolgação em discutir, com enorme profundidade e coerência, os mais variados temas), **MARCELA DE OLIVEIRA SANTOS** (que me ensina a olhar as coisas de uma perspectiva tão diferente da que estou acostumada): obrigada pelo bom-dia feliz, pelas conversas descontraídas, pelo aprendizado profissional e por tudo com o que contribuíram para este trabalho.

Quando recém-chegada do interior, com dezoitos anos há pouco completados, o cruzamento da Ipiranga com a Avenida São João não me pareceu tão poético quanto eu imaginava. **KARINA DOS SANTOS**, **MARIANA CHAIMOVICH**, **PAOLA MORAES**: vocês me fizeram me sentir em casa em São Paulo, e a começar a ouvir e a apreciar as músicas que entoam nesta cidade tão louca. Obrigada por tanto companheirismo, tantas risadas, tantas besteiras, tantas brigas, e pela contínua amizade. Obrigada também por tanto me inspirarem a batalhar pelos nossos sonhos – e por sempre me apoiarem e estarem ao meu lado na busca dos meus. À Chaimo, faço um especial agradecimento por todo o carinho na cuidadosa revisão deste trabalho – e por tudo o que vivemos juntas desde a nossa república universitária nas Perdizes.

Agradeço ao meu querido irmão, **MARCELO FONTÃO ZAGO**, que entre brigas com pimenta no olho e movimentos de judô, me mostrou desde cedo o que é ser responsável e ter determinação em cada objetivo da vida. E, além de conseguir o imaginável em me ensinar a elaborar uma tabela pivot e me fazer compreender noções de economia, trouxe uma explosão de alegria com o processo de expansão familiar e, junto com a querida **CIBELE XAVIER**, gerou nosso tão amado **RAFAEL**.

Para os meus pais, **MÁRCIA MARIA FONTÃO ZAGO** e **MARCO ANTONIO ZAGO**, não conseguiria encontrar, antes do prazo de depósito desta tese, as palavras suficientes para agradecer todo o amor e incentivo que eles sempre me deram. Além de serem pais fantásticos, eles me provam ser possível equilibrar paixão, dedicação e responsabilidade com as ideias e com a conduta; me provam ser possível ter seriedade e

profundidade ao lidar com o outro, e ter leveza e simplicidade com a própria vida. Mãe, pai: espero conseguir criar meus filhos e minha família com o mesmo amor e carinho que vocês sempre me deram, e ser os exemplos que vocês sempre foram, em todos os aspectos da vida de vocês. Obrigada pela nossa família, por me darem meu irmão, meus avós e meus tios; obrigada por me darem a vida e me mostrarem o mundo; obrigada por serem quem são; obrigada por tudo, simplesmente.

Ah, sim, e por fim, agradeço a ele, meu grande amor, **HENRIQUE MOTTA PINTO**. Paquera que nasceu há mais de dez anos nos acolhedores muros da sbdp; ganhou musculatura ao subir e descer os morros de Diamantina, nas Minas Gerais, para ver e ouvir o Carnaval; virou amor nas Perdizes (e lá permanece). Esperanza Spalding, Trombone Shorty, Jamie Cullum, Janelle Monáe, Macy Gray, Ben Harper, Madeleine Peyroux, Raul de Souza, Cesar Camargo Mariano, João Donato, Dom Salvador, Nando Reis, Chico, Gil, Caetano, Ellis e Wynton Marsalis, Buck e John Pizzarelli, John Mediski, Herbie Hancock, Chick Corea, Ron Carter, Traditional Jazz Band: todos eles nos viram alegres, tristes, cansados, em êxtase, dançando, sentados, brigados, em paz – mas juntos, sempre. Ao longo deste trabalho, ele foi (é) meu grande companheiro, me alentando nas crises e nos bloqueios, compreendendo as distâncias (e os fusos horários), indo me encontrar lá longe, me fazendo companhia nas bibliotecas até altas horas, me fazendo acreditar, me acalmando, debatendo comigo, criticando os parágrafos desta tese, me puxando pra frente – muito mais pra frente. Meu amor: esta tese (e eu também) simplesmente não seria a mesma sem você ao meu lado. Você dá cor prum mundo muitas vezes tão binário e transforma o meu universo em algo extraordinário. A casa é nossa, eu já cheguei, não nos falta cadeira e nem sofá, e não há outro lugar no mundo onde eu preferisse estar.

RESUMO

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de Compra Estatal para a Implementação de Políticas Públicas: o Uso Derivado da Contratação Pública.** 2017. 390p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta tese de doutorado tem por objetivo analisar como o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil vem percebendo e conformando o poder de compra estatal como instrumento transversal de efetivação políticas públicas diversas, tais como a redução de desigualdades, o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental. Na presente tese, denomino essa forma de uso diversificado da contratação pública como “função derivada”.

Ao longo do trabalho, foi testada a hipótese de que a função derivada enseja complexidades e tensões no sistema regulatório brasileiro das contratações públicas.

Para isso, este trabalho dividiu-se em duas etapas: *(i)* diagnóstico e descrição da função derivada no Brasil, a partir do direito positivo, do estudo de casos concretos, da jurisprudência e da revisão bibliográfica; e, a partir desse levantamento, *(ii)* construção de considerações teóricas sobre as principais características e fundamentos da função derivada, bem como as tensões e os desafios que seu uso enseja no sistema de contratações públicas.

Percorrido esse caminho, conclui que, apesar de sua potencialidade como instrumento de políticas públicas, a função derivada aumenta a complexidade e traz tensões para as contratações públicas, sobretudo pelo modo indireto e oblíquo com que o novo fim é incorporado à contratação. Por um lado, sua eficácia é de difícil demonstração. Por outro, ela impacta o custo e a qualidade das contratações, até mesmo colocando em risco a satisfação da função primária; tensiona-se com os valores da competição e da isonomia; e dificulta a boa governança da contratação, trazendo burocratização e litigiosidade.

Diante disso, entendo que há duas respostas complementares possíveis para o movimento da função derivada das contratações públicas no Brasil.

A primeira resposta é a de que a função derivada deve ser evitada pelo legislador e gestor público. As contratações públicas podem, sim, servir para a promoção de políticas socioeconômicas; mas, neste caso, os fins sociais devem ser colocados como o fim primário da contratação, não como uma função derivada.

A segunda resposta é a de que, caso se opte por utilizar a função derivada, há uma série de fatores, propostos na tese, que devem ser considerados tanto pelo legislador, como pelo gestor público, de modo a reduzir ou neutralizar, caso a caso, as tensões suscitadas por ela.

Palavras-chave: uso derivado; função derivada; função primária; contratação pública; poder de compra estatal.

ABSTRACT

Government Purchasing Power as a Means of Implementing Public Policies: the Derivative Use of Public Procurement and Contracts. 2017. 390p. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This dissertation analyzes how the Brazilian regulatory framework of public procurement and contracts has been perceiving and shaping the government purchasing power as a means of implementing various public policies, such as socioeconomic development and environmental safety. In this thesis, I call that kind of qualified usage of the public procurement as the “derivative function” [in English, called also as “secondary policies”, “horizontal policies” or “linkages”].

Throughout this dissertation, I test the hypothesis that the diversification of public procurement ends in Brazil (through the use of linkages) creates complexities and tensions in its regulatory framework.

The analysis is organized in two stages: *(i)* evolution of the derivative function in Brazil, from the existing legal framework, case study, jurisprudence and literature review; and, from that point, *(ii)* theoretical propositions have been constructed, in order to define the derivative function and the tensions that its use brings to the legal framework.

I conclude that, despite its potential as an instrument of public policies, the derivative function increases complexity and brings tensions to public procurement, especially because of the indirect and oblique way in which the derivative end is incorporated into contracting. On the one hand, its effectiveness is difficult to demonstrate. On the other, it impacts the cost and quality of hires, even endangering the satisfaction of the public procurement’s primary function; conflicts with the values of competition and equal protection; and hinders good governance of contracting, bringing bureaucratization and litigation to the hiring procedure.

Therefore, I understand there are two possible responses to the derivative function movement in Brazil.

First, legislators and public officials should avoid the derivative function. Public procurement may, indeed, be used as instrument to implement socioeconomic policies; however, those public goals should be placed as the primary function of the public procurement, not as a derivative function.

Secondly, if the derivative function is used, there are some factors, proposed in this thesis, which must be addressed by both legislators and public officials, in order to reduce or neutralize the tensions that are brought by it.

Key words: derivative function; secondary policies; linkages; primary function; public procurement; government purchasing power.

RÉSUMÉ

ZAGO, Marina Fontão. **Les achats publics et la mise en œuvre de politiques publiques: l'usage dérivé de la commande publique.** 2017. 390p. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

Cette thèse de doctorat se propose de vérifier comment la régulation juridique des achats publics au Brésil permet d'utiliser la commande publique comme un outil de mise en œuvre de politiques publiques, pour répondre par exemple à des objectifs de réduction des inégalités, de développement durable ou de clauses environnementales ou sociales lors de la passation d'un marché public. Nous définissons dans cette thèse cette forme d'usage diversifié de la commande publique comme une "fonction dérivée".

Notre travail se propose de tester l'hypothèse que cette fonction dérivée augmente la complexité des marchés publics et engendre des tensions dans le système brésilien de régulation des commandes publiques.

A cette fin, nous avons mené notre travail en deux étapes: (i) décrire et « diagnostiquer » la fonction dérivée au Brésil, à partir de l'analyse de la législation brésilienne, de la mise en œuvre de certains marchés publics, de la jurisprudence et de la bibliographie sur le sujet; et, à partir de ces constats, (ii) cerner les principales caractéristiques et fondements de la fonction dérivée, tout comme les tensions et les défis qu'elle représente pour le système de commandes publiques.

Cette démarche a permis de constater le potentiel de cette fonction dérivée comme instrument de politique publique, mais surtout de vérifier notre hypothèse de travail.

En effet, d'une part, l'efficacité de ces mesures reste difficile à démontrer et d'autre part, leur impact sur le coût et la qualité des achats publics est certain, pouvant aller jusqu'à porter préjudice aux objectifs primaires de la commande publique (satisfaction d'un besoin de l'administration au meilleur prix).

Nous suggérons donc que le législateur et l'administration évitent de recourir à la fonction dérivée de la commande publique. Il ne s'agit pas d'abandonner l'objectif de promouvoir des politiques socio-économiques lors de la commande publique, mais de clairement l'afficher comme étant son objectif primaire et non pas dérivé, lorsque l'administration décide d'y recourir.

Par ailleurs, si elle est tout de même utilisée, nous proposons dans notre thèse plusieurs facteurs qui devraient être pris en compte par le législateur et l'administration dans leur usage de la fonction dérivée afin de réduire ou neutraliser les tensions qu'elle engendre.

Mots-clés: fonction dérivée; usage dérivé; achats publics; commande publique; politiques publiques.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Evolução do Número de Regras e Leis, por Ano.....	127
Tabela 2 – Origem da Regra e Lei.....	131
Tabela 3 – Origem e Destino da Regra, por Tipo de Lei.....	132
Tabela 4 – Abrangência da Regra.....	133
Tabela 5 – Tipo de Lei x Objeto da Contratação.....	134
Tabela 6 – Objetivo da Regra.....	136
Tabela 7 – Objeto da Regra.....	137
Tabela 8 – Setor x Tipo da Regra.....	138
Tabela 9 – Técnicas Utilizadas.....	141
Tabela 10 – Origem das Hipóteses de Função Derivada por Dispensa.....	143
Tabela 11 – Hipóteses de Função Derivada por Dispensa, conforme Setor.....	144
Tabela 12 – Hipóteses de Função Derivada por Dispensa, conforme Objeto.....	145
Tabela 13 – Preferência na Seleção da Proposta.....	145
Tabela 14 – Facultatividade x Obrigatoriedade da Regra.....	147
Tabela 15 – Grau de Tensão, conforme Objeto e Técnica da Função Derivada.....	289
Tabela 16 – Movimentos de Preço, Qualidade e Eficiência.....	300

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Movimento de Derivação dos Fins da Contratação	28
Gráfico 2 – Evolução Quantitativa Acumulada das Regras e Leis	128
Gráfico 3 – Evolução Quantitativa Anual das Regras e Leis.....	129
Gráfico 4 – Evolução Percentual Anual das Regras e Leis	129
Gráfico 5 – Compras com Aplicação de Margem de Preferência Nacional	173
Gráfico 6 – Compras com Aplicação de Margem de Preferência Nacional, por Unidade Federativa e Órgão Contratante.....	173
Gráfico 7 – Cenário sem Função Derivada.....	294
Gráfico 8 – Cenário com Função Derivada	294

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA	16
1.1. Tese e hipótese	16
1.2. A função derivada e os desafios para as contratações públicas	18
1.3. Contextualização do “poder de compra estatal”	25
1.4. Delimitação do tema	29
1.5. Metodologia e estruturação da tese	34
CAPÍTULO 2: O PONTO DE PARTIDA: PODER DE COMPRA ESTATAL E A FUNÇÃO PRIMÁRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	37
2.1. O Estado-comprador e a função primária e original das contratações públicas.....	41
2.2. A eficácia da contratação: entrega de obra, bem ou serviço.....	44
2.3. Os valores da contratação: proposta mais vantajosa, isonomia e competição	45
2.4. A processualização da contratação pública	60
2.5. Conclusões parciais	64
CAPÍTULO 3: ONDE ESTAMOS: A CONSTRUÇÃO DO MOVIMENTO DA FUNÇÃO DERIVADA NO BRASIL	66
3.1. A percepção do poder de compra estatal como instrumento transversal de políticas públicas	70
3.2. Revendo a proposta mais vantajosa: reações à “ditadura do menor preço”	82
3.3. As recentes reformas para simplificação das contratações públicas.....	96
3.4. A (revogada) preferência constitucional à empresa de capital nacional	102
3.5. A função derivada no marco legal nacional	120
3.5.1. Seleção e resultados	122
3.5.2. Evolução quantitativa ao longo dos anos.....	127
3.5.3. Origem e destino das regras de função derivada: lei de política setorial ou lei de contratação pública?	130
3.5.4. O grau de abrangência da regra	133
3.5.5. Quais os objetivos visados?	135
3.5.6. As técnicas utilizadas: como e quando operacionalizar a função derivada?	138
3.5.7. Facultatividade ou obrigatoriedade na aplicação das regras?	147
3.5.8. Principais achados da pesquisa legislativa.....	148
3.6. O uso da função derivada sem previsão legal expressa	150
3.7. Estudo de casos.....	158

3.7.1. Margem de preferência para bens e serviços nacionais	159
3.7.1.1. Institucionalização da margem de preferência nacional	160
3.7.1.2. O que se discute na jurisprudência?	176
3.7.1.3. Considerações finais	189
3.7.2. Medidas de compensação (cláusulas de “offset”)	191
3.7.2.1. Institucionalização das medidas de compensação	191
3.7.2.2. O que se discute na jurisprudência?	198
3.7.2.3. Considerações finais	204
3.7.3. Preferências para micro e pequenas empresas	205
3.7.3.1. Institucionalização das preferências para micro e pequenas empresas	205
3.7.3.2. O que se discute na jurisprudência?	212
3.7.3.3. Considerações finais	220
CAPÍTULO 4: FUNÇÃO DERIVADA: TRILHAS TEÓRICAS A PARTIR DA ABORDAGEM PRÁTICA	222
4.1. Atributos da função derivada	222
4.1.1. A função derivada como restrição, obrigação ou preferência adicional e não originária da contratação pública	223
4.1.1.1. Restrição, obrigação ou preferência	224
4.1.1.2. Não obrigatoriedade para toda a cadeia produtiva (especificidade para as contratações públicas).....	227
4.1.1.3. Não essencialidade para a satisfação da função primária	231
4.1.1.4. Adicionalidade e não equivalência com a função primária: a diversificação de finalidades da contratação	232
4.1.1.5. A derivação da função da contratação pública (via oblíqua e indireta).....	233
4.1.2. Elementos da função derivada: objetivos, beneficiados e agentes	234
4.1.3. Características e técnicas da função derivada	239
4.2. Função derivada como instrumento para fomento, regulação ou políticas públicas?	251
4.3. Fundamentos da função derivada	262
CAPÍTULO 5: A DIVERSIFICAÇÃO DE FUNÇÕES E AS TENSÕES GERADAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PELA FUNÇÃO DERIVADA	273
5.1. Isonomia, competição e concorrência	280
5.2. Função derivada e a permanente tensão entre preço e qualidade.....	292
5.3. Função derivada, déficit democrático e legalidade	302

5.4. Problemas jurídicos acessórios trazidos pela função derivada.....	312
5.4.1. Múltiplas esferas de regulamentação e implementação da função derivada	312
5.4.2. Extraterritorialidade da função derivada.....	316
5.4.3. Globalização e liberalização do mercado internacional	319
5.4.4. Eficácia e complexificação procedimental da contratação	325
5.5. Conclusões parciais.....	327
CAPÍTULO 6: O PONTO DE CHEGADA: PERSPECTIVAS PARA A FUNÇÃO DERIVADA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	331
6.1. Afinal, para o que servem as contratações públicas?	333
6.2. Em busca da harmonização entre função primária e função derivada	336
6.2.1. Institucionalização da função derivada.....	340
6.2.2. Novos contornos na delimitação da “proposta mais vantajosa”: custo, qualidade e fins derivados	348
6.2.3. Técnicas e conteúdo da função derivada	354
6.2.4. Processualização e motivação da função derivada	358
6.2.5. Monitoramento e avaliação da função derivada	360
REFERÊNCIAS.....	363
APÊNDICE I: LISTA E CLASSIFICAÇÃO DAS REGRAS DE FUNÇÃO DERIVADA.....	374
APÊNDICE II: JURISPRUDÊNCIA DO TCU – PREFERÊNCIAS DA LC Nº 123/2006	384

Capítulo 1: INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1. Tese e hipótese

Os países gastam quantia significativa de recursos orçamentários na aquisição de produtos, bens e serviços, isto é, em suas contratações públicas. No Brasil, estima-se que as contratações públicas representem cerca de 15% do Produto Interno Bruto – PIB¹, o que significa, aproximadamente, R\$ 797 bilhões de reais (ano base de 2013) apenas no âmbito federal² – sem considerar, portanto, as aquisições dos Estados-membros e dos municípios. Atentando para esses números, as compras estatais colocam-se como instrumento governamental relevante, capaz de efetivamente impactar condutas do mercado e dos demais consumidores.

O que aconteceria, então, se dois fatos, aparentemente independentes, fossem interligados: a necessidade de ação governamental para o alcance de fins considerados socialmente importantes; e a existência de poder de compra estatal significativo, que pode afetar condutas no mercado e na sociedade?

Pode-se cogitar do direcionamento das compras públicas para enfrentar problemas da sociedade, tais como a redução das desigualdades, o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental. Por que não orientar o poder de compra estatal para que, adicionalmente às necessidades imediatas que justificam a contratação, elas também satisfaçam às demandas mais amplas da coletividade? Nessa hipótese, o Estado poderia adquirir papel reciclado, comprar de pequenas empresas e de grupos hipossuficientes, ou, ainda, impor que o contratado utilize produtos e serviços nacionais – diversificando, com isso, as funções a serem cumpridas pelas contratações públicas.

¹ Dados disponíveis em: <http://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.GOV.T.ZS/countries/1W-BR-US-EU?display=graph>. Acesso em: 01/02/2016. O cálculo, feito pelo Banco Mundial, levou em conta os seguintes parâmetros: “General government final consumption expenditure (formerly general government consumption) includes all government current expenditures for purchases of goods and services (including compensation of employees). It also includes most expenditures on national defense and security, but excludes government military expenditures that are part of government capital formation.” Disponível em: http://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.GOV.T.ZS/countries/1W-BR?display=graph&cid=DEC_SS_WBGDataEmail_EXT. Acesso em: 01/02/2016.

² Conforme dados do IBGE, o PIB em 2013 foi de 5.316 bilhões de reais. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/pib-valores-correntes.html>. Acesso em: 16/06/2016.

Por outro lado, também é possível antever dificuldades geradas por esse novo uso das contratações públicas que vai além de sua destinação original. A diversificação de finalidades pode desvirtuar o papel hoje ocupado pelas compras governamentais? Haveria limite para o Estado interferir e influenciar o comportamento do mercado, por meio de seu poder de compra?

Tais questões, surgidas da diversificação do uso das contratações públicas, propõem a reflexão acerca das finalidades buscadas pelo Estado em sua função de comprador. Com novos objetivos atribuídos para as contratações públicas, quais são os impactos na maneira pela qual se entende juridicamente as contratações públicas? Que problemas e questões emergem, para o direito administrativo, das contratações públicas que extravasam seu objetivo original? Em última instância, a própria função das contratações públicas merece ser repensada: afinal, para que servem?

Esta tese de doutorado tem por *objetivo* examinar de que forma o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil (assim entendido como o conjunto de normas procedimentais e materiais que estabelecem regras para as contratações públicas) vem percebendo e conformando o poder de compra estatal como instrumento transversal de políticas públicas. Na presente tese, chamo essa forma de uso qualificado da contratação pública de *função derivada da contratação pública* – denominação operacional e que, portanto, não tem a pretensão de ser universal, mas sim de ser utilizada para expressar o objeto deste trabalho.

Ao longo do trabalho, testo a *hipótese* de que a diversificação dos fins das contratações públicas, com o uso da função derivada, complexifica o sistema regulatório brasileiro de contratações públicas e traz tensões com os valores próprios da contratação pública – isonomia, competição e melhor proposta (esta, pautada, em regra, pelo menor preço) –, bem como questões como legitimidade democrática, transparência, segurança jurídica e eficácia.

A *tese* (em sentido estrito) que sustento é a de que, diante da complexificação e das tensões suscitadas pela função derivada, a derivação da contratação deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público. Os riscos do uso das contratações públicas como instrumento indireto de políticas públicas parecem superar os benefícios buscados; ou, dito

de outra forma, as contratações públicas não parecem ser o espaço ou o instrumento adequado para a inclusão de fins sociais derivados, acoplados, de forma indireta, ao fim primário da contratação. A contratação pública deve, assim, ser preferencialmente utilizada em sua função primária e básica. Caso, contudo, opte-se por utilizar a função derivada, há uma série de fatores que devem ser considerados pelo legislador e pelo gestor público, de modo a reduzir ou, eventualmente, neutralizar as complexificações e as tensões trazidas pela função derivada.

Para testar a hipótese e demonstrar minha tese, analisei a evolução do movimento da função derivada no Brasil, especialmente a partir do direito positivo. A partir daí, construí proposições teóricas, de modo a caracterizar a função derivada e as tensões que seu uso enseja no âmbito do sistema regulatório de contratações públicas no Brasil. Com base nas conclusões obtidas, fiz proposições quanto ao uso da função derivada nas contratações públicas.

1.2. A função derivada e os desafios para as contratações públicas

Na função de comprador, o Estado contrata a execução de obras, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços com o fim primário de viabilizar o suprimento direto dos entes públicos e a disponibilização de utilidades públicas diretamente relacionadas ao objeto contratado. Compram-se insumos para suprir os órgãos públicos de materiais; contrata-se a execução de prédio para que ele seja afetado a uma função pública (tal como a instalação de escola ou de hospital). A *contratação pública*³ é vista como uma “atividade-meio”, que viabiliza que o *Estado-comprador*⁴ adquira determinada utilidade (obra, bem ou serviço) especificada como objeto do contrato. É o que chamo de *função primária e original da contratação pública*.

³ Utilizo a expressão “contratação pública” para abarcar, amplamente, os contratos, as compras e as alienações realizadas por entes públicos, incluídas entidades contratantes da Administração Pública, bem como os Poderes Judiciário e Legislativo no exercício da função administrativa, enquanto compradores. Ao longo deste trabalho, usarei, de forma equiparada, as expressões “compra pública/estatal”, “poder de compra estatal” e “Estado comprador”.

⁴ Como forma de abarcar não apenas o Poder Executivo, mas também os Poderes Judiciário e Legislativo no exercício da função administrativa de compradores, utilizei as expressões “Estado”, “Estado-comprador” e “Poder Público”.

O *processo de contratação pública* – compreendendo a identificação da necessidade pública a ser satisfeita, a delimitação do objeto contratual, a seleção do contratado, e a celebração do contrato e execução contratual – é estruturado para o cumprimento dessa finalidade básica e inicial, que pode ser facilmente identificada na descrição do objeto contratual. Assim, a contratação pública constrói-se para assegurar que esse fim primário do contrato seja alcançado com a observância de três valores jurídicos trazidos pela legislação que normatiza as contratações públicas, a partir dos parâmetros da Constituição Federal (“CF”): *isonomia*, *“melhor proposta”* ou *“proposta mais vantajosa”*⁵ (*delimitada, em regra, pelo menor preço ofertado*) e *competição*. Pelo regime de contratações pautado essencialmente pela Lei nº 8.666/1993, esses valores devem guiar o alcance da finalidade imediata e principal da contratação: a satisfação de uma necessidade pública específica, por meio do fornecimento de bem, da construção obra ou da prestação de serviço, conforme descrito no objeto do contrato.

Desta forma, na função primária da contratação, todas as etapas a serem cumpridas pelo ente público contratante até a efetiva celebração do contrato (e, posteriormente, para o acompanhamento da execução contratual) visam a definir o objeto e a selecionar o contratado (a partir de sua proposta) que sejam aptos a satisfazer (eficácia) a necessidade pública primária que enseja a contratação. Esse objetivo, por sua vez, deve ser alcançado de forma isonômica e com o melhor custo-benefício (e menor dispêndio de recursos) possível. Portanto, independentemente do tipo de finalidade almejada (pode-se estar diante de uma finalidade eminentemente social, por exemplo), o objeto é singular, e todo o procedimento será diretamente estruturado para a viabilização desse objetivo.

Mais recentemente, contudo, as contratações públicas vêm, cada vez mais, sendo utilizadas como instrumento indireto de políticas públicas, por meio da *inclusão de requisitos ou obrigações paralelos e adicionais à finalidade direta e originalmente visada com aquela contratação*. Nesses casos, há uma *derivação da finalidade principal e imediata da contratação pública, com a inserção de novo fim*. O Estado passa, assim, a utilizar seu poder de compra, por meio das contratações públicas, como instrumento de efetivação de políticas e fins públicos diversos.

⁵ Ao longo da tese, usarei essas duas expressões como sinônimos.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado compra materiais apenas de fornecedores locais (para incentivar a inclusão social de um determinado grupo); quando exige que o contratado utilize mão de obra de grupos minoritários ou excluídos (a partir de critérios étnicos, de gênero ou sociais, como trabalhadores desempregados ou ex-presidiários); quando confere preferências na contratação de pequenas empresas ou de produtos ou serviços nacionais (para incentivar o desenvolvimento nacional); ou, ainda, quando exige que seus fornecedores observem regras adicionais (que já não sejam impostas pela legislação geral para a cadeia produtiva) de proteção ambiental na produção e descarte dos materiais ou serviços contratados (como forma de promover o desenvolvimento ambiental sustentável).

As contratações públicas são, então, utilizadas de forma análoga ao que ocorre no campo do Direito Tributário, com a chamada “parafiscalidade” ou “extrafiscalidade”. Nesses casos, a tributação é usada como meio para estimular ou desestimular condutas, para alcançar fins públicos relevantes. Pode-se, por meio do uso parafiscal dos tributos, viabilizar determinada política econômica (com a redução da entrada de capital estrangeiro por meio de sua maior taxaço), incentivar um setor industrial nacional (com o aumento da tributação de produtos importados), ou proteger um fim social relevante, como o meio ambiente (com os chamados “tributos verdes”).

Algo semelhante vem ocorrendo com as contratações públicas, que cada vez mais são utilizadas pelo Estado como ferramentas para estimular, desestimular ou impor condutas aos contratados que, de forma indireta, servem ao cumprimento de fins públicos vinculados a políticas previamente estabelecidas. Assim, pela via contratual, o Estado vem promovendo condutas a serem praticadas como condição para acesso dos interessados ao mercado de compras públicas.

Quando o Estado participa do mercado como comprador (*Estado-comprador*), para contratar a aquisição de bens, serviços ou obras, seu interesse direto e imediato é obter a realização do objeto (bem, serviço ou obra) contratado, nas especificações suficientes para satisfazer a necessidade pública que enseja a contratação – e não regular ou fomentar o mercado, ou impor pautas políticas à sociedade, o que é feito por meio de outros instrumentos. Com a função derivada, o Estado vincula seu papel de comprador ao

exercício de uma função regulatória – isto é, *o Estado-regulador/fomentador atua por meio do Estado-comprador*, utilizando as contratações públicas não apenas para adquirir determinado bem, serviço ou obra, mas, adicionalmente, também para implementar outro fim público, diversificando assim os fins das contratações públicas.

Ao direcionar seu poder de compra estatal, há a *derivação* da função primária e original da contratação pública, com a *inclusão de finalidade adicional a ser por ela perseguida*. Nessa toada, a *função derivada permite a conexão direta entre os papéis de Estado-comprador e de Estado promotor de fins públicos* (Estado-regulador/fomentador/executor de políticas públicas).⁶ Trata-se de instrumento com alto potencial de impacto, tendo em vista a grandeza monetária que as compras estatais representam e a possibilidade de sua utilização pela União, pelos Estados e pelos Municípios.

A expressão “função derivada” busca demonstrar esse movimento de passagem de uma função original e, até então, única da contratação pública (a execução de obra, o fornecimento de bem ou a prestação de serviço), para a derivação de uma finalidade adicional (fim adicional de política pública), com a diversificação dos fins da contratação. Esse fenômeno começa a ser referido no contexto nacional com nomes diversos: “função regulatória da licitação/contrato administrativo”, “função social”, “função extra-econômica”, “função horizontal” e até mesmo “função anômala”.⁷ Embora todas essas expressões tenham por objeto o uso do poder de compra do Estado para direcionar e induzir condutas, entendo que elas não representam, com a especificidade adequada, a delimitação do tema aqui proposta. Esta tese, conforme será detalhado no item 1.3, analisa a inclusão de finalidade pública como fim adicional e derivado na contratação pública – sendo, pois, mais

⁶ Christopher MCCRUDDEN usa o termo “*linkage*” para narrar justamente essa junção entre os papéis do Estado como comprador e Estado como regulador: “*The particular issue that is the focus of this book is how government attempt to combine the three functions of government distinguished up to now: participating in the market but regulating it at the same time, by using its purchasing power to advance conceptions of social justice, particular equality and non-discrimination. The term ‘linkage’ is used throughout the book to describe this use of procurement.*” (MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 3).

⁷ Interessante mencionar, ainda, as expressões utilizadas para definir o que chamo de função derivada no idioma inglês: “*linkage*”, “*horizontal policy*”, “*conditionality*”, “*secondary criteria*”, “*secondary policy*”, “*collateral policy*”, “*indirect use of public procurement*”, “*targeted procurement*” e “*selective purchasing*” (essas duas últimas abarcam apenas as licitações restritas a determinado grupo que se pretende proteger ou promover).

restrita do que o tema “poder de compra estatal”.⁸ Ressalte-se que, no presente trabalho, a palavra “derivada” não denota menor importância da finalidade adicional visada, em relação à finalidade primária, e tampouco reflete uma relação de preferência ou importância para a coletividade entre os objetivos finais visados.⁹

A contratação pública passa a comportar, além de sua *função original e primária*, uma *função derivada e adicional*. Ressalto, desde já, que a divisão “função primária” e “função derivada” não é estritamente cronológica (embora haja alguma vinculação temporal), mas sim uma divisão proposta na tese para fins metodológicos, de modo a melhor delimitar o objeto de estudo (a função derivada).

Esse movimento de diversificação dos fins das contratações públicas enseja *complexificação nas suas finalidades*, que passam a ter por objetivo não apenas a adequada obtenção de obra, bem ou serviço, mas também a satisfação de outro fim público que lhe foi adicionalmente imputado. Se, antes, a contratação cumpria uma função primária e visava à satisfação de certo fim facilmente identificável no objeto da contratação, com a função derivada passa-se a acrescentar finalidades outras, que são indiretamente incorporadas no processo de contratação – seja na própria caracterização do objeto da contratação, seja a partir de características específicas previstas ao longo do processo de

⁸ Em relação à expressão “função social”, ela foca no objetivo visado (um fim social), e não na contratação pública. Ademais, o fenômeno aqui analisado pode estar voltado para a realização de políticas que não se caracterizam exclusivamente como sociais – políticas industriais, por exemplo. Já a expressão “função anômala” parece embutir uma crítica quanto à inadequação *a priori* desse novo uso da contratação pública. As expressões “função regulatória” e “função horizontal” conferem abrangência mais ampla à aqui pretendida, parecendo referir-se a qualquer direcionamento do poder de compra estatal – e não ao direcionamento por meio da derivação dos fins da contratação, como delimitado nesta tese. Por fim, entendo que a expressão “função secundária” é adequada para expressar o tema da tese, na medida em que a derivação da função primária e original da contratação implica, de fato, a adição de finalidade secundária à contratação (com a preservação da finalidade primária). Entretanto, prefere-se a expressão “função derivada”, para evitar qualquer associação à (inexistente) hierarquia quanto ao grau de importância do fim derivado visado, em relação ao fim primário e original da contratação.

⁹ Essa preocupação em esclarecer não se tratar de preferência em relação ao grau de importância dos fins visados remete à origem da utilização de termos diversos para referência à função derivada na doutrina estrangeira. Nesse sentido, no idioma inglês, há autores que atualmente têm evitado o uso do termo “*secondary policies*”, para afastar qualquer ilação indevida a respeito da menor relevância do fim adicional perseguido. Nesse sentido, por exemplo, manifestam-se Sue ARROWSMITH e Peter KUNZLIK, que preferem utilizar o termo “*horizontal policies*”: “The label ‘*seconadry policies*’ is, however, problematic for several reasons. In general terms, it may be said that his label tends to detract from an important point of principle that should inform analysis in this area, namely the equal status of horizontal policies and other governmental policies.” (ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 13).

contratação pública ou da execução contratual. Isso traz tensões, no âmbito do procedimento de contratação pública, relacionadas aos valores próprios da contratação pública – isonomia, competição e melhor proposta (esta, pautada, em regra, pelo menor preço) –, bem como questões como legitimidade democrática, transparência, segurança jurídica e eficácia.

Assim, se por um lado a função derivada mostra-se como instrumento com potencial de colaborar na efetivação de políticas públicas, por outro ela traz novos desafios para o sistema de contratações públicas. Os fins visados pelo Estado-comprador diferem de – e, por vezes, conflitam com – os objetivos visados pelo Estado-regulador/fomentador. E então, quando essas duas funções estatais, com preocupações diversas, são congregadas em um único instrumento (a contratação pública), como harmonizá-las?

Os principais desafios decorrem do fato de que esses dois fins que passam a ser atribuídos à contratação pública – a função primária, de obtenção de obra, bem ou serviço, e a função derivada, de realização de fim público adicional – partem de valores essencialmente contrapostos, gerando tensões no âmbito da contratação. Enquanto a função primária tem por cerne os valores de isonomia, competição e eficiência (eficiência que, no Brasil, é pautada ainda pela economicidade, isto é, pelo menor preço), a função derivada tem por principal embasamento valores distributivos e de equidade material.

Em decorrência, a função derivada produz tensão com os valores jurídicos das contratações públicas – isonomia, competição e economicidade –, além de criar complexificação procedimental da contratação e dificuldades relacionadas ao acompanhamento de sua eficácia. Há, ainda, outras questões trazidas pela função derivada, tais como o grau de legalidade a ser observado para sua previsão e seu uso (o que se relaciona com seu eventual déficit democrático); a existência de múltiplas esferas de regulamentação e implementação da função derivada, gerando questões relacionadas à segurança jurídica e transparência; os possíveis efeitos extraterritoriais da função derivada; e as dificuldades geradas por ela diante da globalização dos mercados nacionais.

O quão mais caro pode-se pagar, sem que se fira a lógica da eficiência, por uma contratação que, além da obtenção do objeto primário, ensejará a inclusão de grupo hipossuficiente: 25%, como impõe a margem de preferência para bens e produtos nacionais,

ou 10%, como impõe a margem de preferência para micro e pequenas empresas locais? Que tipos de preferências podem ser concedidos no âmbito do processo de contratação para o fomento de determinado grupo ou atividade, sem que se infrinja a isonomia e sem que se impacte a ampla competição: a especificação adicional na delimitação do objeto, a obrigação contratual adicional ou a preferência no próprio preço ofertado? Como readequar o processo de contratação pública – desde a delimitação do objeto, escolha da melhor proposta e execução contratual – a esse novo cenário de diversificação dos fins da contratação, de modo a assegurar a eficácia dos fins que passam a ser perseguidos? A quem cabe decidir sobre os “*trade-offs*” existentes nesse movimento de diversificação dos fins das contratações públicas: o legislador ou o órgão público contratante? E, afinal, para o que serve a contratação pública: para viabilizar um fim/objeto específico que a enseja, ou para promover fins múltiplos e diversos?

Apesar desse “conflito existencial” que passa a existir na contratação pública a partir da introdução da função derivada, essa vem sendo utilizada no Brasil sem as necessárias ponderações e análises mais consistentes quanto aos seus custos e aos seus resultados. Não se nega a importância de caracterizar a “proposta mais vantajosa” a partir de critérios mais abrangentes do que só o menor preço. Tampouco se nega a importância dos fins e dos valores buscados com a função derivada. Mas seriam as contratações públicas o meio, o instrumento mais adequado (em termos de eficácia e eficiência) para realizar esses fins de políticas sociais?¹⁰ A tese estuda como o movimento da função derivada impacta as contratações públicas, identificando os desafios trazidos por essa prática, e as adaptações necessárias tanto no processo de contratação pública, como na própria função derivada.

A originalidade desta tese repousa especialmente na abordagem sistêmica, ora proposta, do recente fenômeno da função derivada das contratações públicas no cenário nacional. Até agora, as discussões referentes à função derivada têm sido casuísticas, voltadas para análise de inovações específicas – como, por exemplo, os estudos de casos da

¹⁰ Partindo dessa indagação, pode-se argumentar que, uma vez tomada a decisão de alocação de recursos para a implementação de um fim público (decisão essa pautada por uma racionalidade estritamente política), essa decisão deve ser executada da forma mais eficaz e eficiente possível, até como forma de assegurar a decisão valorativa previamente tomada, bem como viabilizar novas decisões distributivas.

Lei Complementar nº 123/2006 e das “licitações sustentáveis”. Em tais estudos, parte-se de uma política pública específica para, a partir daí, analisar como as compras públicas podem ser utilizadas para incentivar ou implementar tais políticas. Nesta tese, parto da outra ponta, a das contratações públicas, para estudar de que forma elas podem ser utilizadas como instrumento transversal de efetivação de políticas públicas diversas – e qual o impacto que essa diversificação de fins enseja para as contratações públicas. A proposta será desenvolvida no âmbito do debate jurídico da contratação pública de modo transversal, não focado em uma ou em outra inovação legislativa específica. Com isso, visa-se a contribuir não apenas com os debates sobre o uso do poder de compra estatal para a efetivação de políticas públicas, mas também com a prática das contratações públicas.

1.3. Contextualização do “poder de compra estatal”

Entendo que o poder de compra estatal pode ser abordado a partir de quatro perspectivas diversas: (i) gasto público; (ii) contratação pública; (iii) política pública em si mesma; e (iv) instrumento de políticas públicas.

Como *gasto público*, as compras estatais são estudadas pelo dispêndio de recursos orçamentários que (em regra) ensejam. Nessa perspectiva, ressalta-se a preocupação com a eficiência, a racionalização e a transparência na aplicação dos recursos públicos. Para isso, consideram-se as normas orçamentárias, que visam a assegurar a observância desses princípios quando da aplicação de recursos públicos. Há, ainda, a preocupação com a escolha, com a tomada de decisão quanto ao gasto público¹¹: o que, onde, quanto e como gastar são decisões que impactam a ação governamental e a realização de fins públicos.

¹¹ Leila FROSSARD e Leonor CÂMARA destacam mudanças na percepção do gasto público ensejadas pelas compras estatais, a partir da transição entre compra para suprimento da Administração e compra para execução de outros fins públicos: “A função original de qualquer compra é, como destaca Arantes (2006), ser instrumento que supre à administração dos bens necessários à execução das políticas públicas e ao seu funcionamento regular. As compras, como instrumento, permitem que a administração pública mantenha escolas, socorra pessoas em situação de calamidade, forneça remédios em hospitais públicos, construa estradas, entre outras atividades. Contudo, para além desta perspectiva, Arantes (2006) destaca que com o crescimento da demanda por bens e serviços do Estado, as compras públicas passaram aos poucos a ser percebidas não apenas como um instrumento para o suprimento dos bens necessários ao funcionamento da Administração Pública, mas também como uma forma de aplicar recursos públicos para apoiar ou estimular grupos ou segmentos da sociedade considerados vulneráveis ou estratégicos para a economia nacional, inclusive para a geração de emprego, renda e desenvolvimento local.” (FROSSARD, Leila Barbieri de

Pelo viés da *contratação pública*, o estudo do poder de compra estatal abarca questões relacionadas à formalização do procedimento, passando pela definição do objeto (a partir da necessidade pública identificada), seleção do contratado e execução do contrato (com a entrega do objeto). Embora fale-se, aqui, em “formalização” e “procedimento”, não se trata de abordagem meramente processual, mas também material: as diversas decisões tomadas pelo ente contratante ao longo desse processo envolvem igualmente questões (o que, de quem, quanto e como comprar) relacionadas à alocação de recursos públicos. Partindo-se dessas preocupações, são analisadas as regras específicas da ação estatal por meio de suas contratações, relacionadas à eficácia, eficiência e isonomia.

O poder de compra estatal pode, ainda, ser estudado como *política pública em si mesma*. Como forma de ação administrativa, o sistema de contratações públicas pode ser visto como política pública, assim considerada instrumento de ação dos governos que redireciona “o eixo de organização do governo da lei para as políticas”, conforme definição apresentada por Maria Paula Dallari BUCCI¹². Eficiência, igualdade e competição são valores tradicionalmente buscados por essas contratações, e que podem ser perseguidos com intensidade e formas diferentes, a depender de como o sistema é moldado como uma política pública. Essa perspectiva é destacada por Leila FROSSARD e Leonor CÂMARA, que apontam que “[a] prática do poder de compras, a partir de sua gestão, é um problema de pesquisa que implica em considerar as ‘compras governamentais’ como instrumento de ação.”¹³ Cite-se, ainda, o estudo de Ciro FERNANDES, que considerou os diferentes movimentos das compras estatais no Brasil pela perspectiva de política pública,

Matos; CÂMARA, Leonor Moreira. **Poder de compras da administração pública federal: novas perspectivas para o debate acadêmico**. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD, Vitória, novembro de 2010, p. 6. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2010/2010_ENAPG393.pdf. Acesso em: 03/02/2016).

¹² Trata-se da definição de política pública trazida por Maria Paula Dallari BUCCI, nos exatos seguintes termos: “As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252).

¹³ FROSSARD, Leila Barbieri de Matos; CÂMARA, Leonor Moreira. **Poder de compras da administração pública federal: novas perspectivas para o debate acadêmico**. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD, Vitória, novembro de 2010, p. 9. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2010/2010_ENAPG393.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

analisando, para isso, o contexto político e as questões relacionadas à gestão administrativa e aos atores envolvidos na formulação e aplicação do sistema de contratações.¹⁴

Finalmente, o poder de compra estatal pode também ser estudado como um *instrumento transversal de políticas públicas*, servindo como um meio para a implementação de fins previstos em políticas públicas setoriais diversas.¹⁵ Essa última perspectiva ajuda a explicar a função derivada. Tradicionalmente, as compras estatais seriam utilizadas como mero suporte para os entes estatais, viabilizando a obtenção de bens, serviços e obras que os supririam dos meios necessários para a disponibilização de utilidades públicas para sociedade. Com a função derivada, a contratação passaria a viabilizar, ela própria, o alcance de fins públicos adicionais e diversos, servindo como instrumento efetivo de políticas públicas.

Embora, em geral, essa explicação seja útil para esclarecer a inovação trazida pela função derivada, entendo que não a capture com precisão. Isso porque a atividade estatal sempre estará vinculada à realização de fins públicos. A contratação pública não é diferente: sempre visará à satisfação de fins públicos e permitirá, de forma mais ou menos imediata, a implementação de políticas públicas – ainda que seja como “atividade-meio”, para o “simples” suprimento administrativo dos órgãos públicos.

A peculiaridade do fenômeno aqui estudado é a diversificação de fins, a partir de um único instrumento de ação estatal. Por meio de uma mesma contratação, além do seu fim básico, promove-se a derivação de um novo fim que caracteriza o direcionamento do poder de compra estatal por essa via indireta – diferenciando-se, portanto, do uso direto do poder de compra para realização de fins públicos diversos, inclusive para a intervenção estatal na economia. O Gráfico 1 – Movimento de Derivação dos Fins da Contratação,

¹⁴ FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010. 285 f. Tese (Doutorado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁵ Ressalte-se, contudo, que o estudo do poder de compra como política pública e como instrumento de política não pode ser completamente separado, uma vez que, muitas vezes, haverá via dupla entre contratação e política pública. Como apontam Jessé PEREIRA JUNIOR e Marinês DOTTI (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41), a atividade contratual deve exprimir escolhas de políticas públicas (vinculação obrigatória das atividades administrativas às políticas públicas); por outro lado, o dever de licitar traduz ele próprio uma política pública, que pode servir também para outras políticas públicas, como no caso da concessão de florestas como instrumento da política ambiental.

abaixo, demonstra o movimento de diversificação dos fins da contratação, a partir da inclusão da função derivada.

Gráfico 1 – Movimento de Derivação dos Fins da Contratação

Fonte: elaboração própria

A principal característica do fenômeno aqui analisado, que perpassa todas essas perspectivas, é a *diversificação das funções a serem cumpridas por uma mesma contratação pública*. Tradicionalmente, a contratação pública envolve um instrumento (o contrato administrativo) para uma causa-função (a finalidade primária que enseja essa contratação: a necessidade de obtenção de bem, obra ou serviço). A função derivada adiciona nova finalidade a uma única causa: uma contratação, um objeto, e fins públicos diversos a serem perseguidos. Esse movimento de diversificação das funções de uma mesma causa (uma mesma contratação) traz consequências relevantes para o poder de compra estatal, em todas as perspectivas de análise: como gasto público, como contratação em si, como política pública e como instrumento de política pública.

Neste trabalho, o estudo da função derivada passará por essas quatro perspectivas de poder de compra estatal, especialmente pelas três últimas. O foco, porém, será na

perspectiva da contratação pública, isto é, como a função derivada impacta as contratações públicas, e se e em qual medida aquela reconfigura esta. Não analisarei as regras específicas do orçamento público, mas ainda assim a preocupação com a racionalidade e transparência do gasto público estará presente.

1.4. Delimitação do tema

Para esta tese, *função derivada da contratação pública representa a atribuição de uma finalidade nova e adicional à função primária da contratação. A função derivada é operacionalizada pela inclusão, em qualquer fase da contratação pública, de restrições, obrigações ou preferências adicionais à finalidade primária do contrato e a ela não originárias.*¹⁶

Não é, contudo, qualquer requisito, obrigação ou preferência na delimitação do objeto, no processo de contratação ou na execução contratual que serão enquadrados na função derivada para a presente tese. Serão consideradas como função derivada apenas *restrições, obrigações ou preferências que incidam especificamente sobre as contratações públicas, sejam elas facultativas ou obrigatórias*. De outro viés, não se incluem como formas de função derivada exigências ou requisitos aplicados para toda a cadeia produtiva (ou para a cadeia produtiva daqueles que se encontram em posição equiparável) e independentes de seu fornecimento específico para uma contratação pública.¹⁷

Além disso, ressalto novamente que o objeto desta tese é mais restrito do que o tema “poder de compra de estatal”. Não se enquadra na função derivada da contratação, nos termos propostos neste trabalho, o uso do poder de compra estatal para diretamente incentivar ou fomentar determinado setor ou grupo de interesse legítimo. Seriam os casos em que o contrato administrativo é utilizado de forma direta para formalizar atividade de

¹⁶ A definição mais detalhada da função derivada será desenvolvida no Capítulo 4:.

¹⁷ Excluem-se da definição de função derivada, portanto, exigências impostas como forma de assegurar a eficácia de normas regulatórias gerais, aplicáveis a toda a cadeia produtiva. Sobre essa delimitação, ver o item 4.1.1.

fomento de atividade privada de interesse público¹⁸ ou mesmo para viabilizar política econômica de estímulo ao consumo e criação de mercado consumidor¹⁹. Nesses exemplos, o fomento da política pública é contratado de forma direta, constituindo a própria finalidade primária do contrato, e não uma finalidade secundária adicionada à avença. Embora o mecanismo seja o mesmo – o uso, pelo Estado, de seu poder de consumidor para fomentar e influenciar condutas –, *a tese tem por objeto o estudo desse mecanismo quando estruturado de forma indireta, derivada, secundária, embutido em uma contratação pública que tenha outra finalidade primária e original.*

Esta tese tem por objeto, portanto, a *adicionalidade inserida especificamente na contratação pública* (excluindo-se as exigências gerais aplicáveis sobre toda a cadeia produtiva), de *forma indireta e oblíqua* (excluindo-se o uso direto do poder de compra como forma de fomento estatal na economia).

Entendo que essa delimitação resulta em definição de função derivada (objeto da tese) mais intensamente capaz de gerar conflitos, trazendo, portanto, questionamentos centrais para a tese: quando, por que e quais as consequências em se escolher o poder de compra estatal para efetivar um fim público derivado e adicional, de forma indireta e oblíqua – em vez, por exemplo, da imposição de uma conduta legal genérica, aplicável a todos, ou do uso direto das contratações como forma de fomento estatal? Com tal delimitação, entendo que a tese analisará as mais diversas questões jurídicas e os potenciais conflitos trazidos pelo objeto de estudo.

¹⁸ Nesse sentido, não se enquadra na hipótese de função derivada, por exemplo, o “contrato de fomento” abordado por Marçal JUSTEN FILHO e Eduardo JORDÃO (JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação pública destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, nº 34, p. 47-72, jul./set. 2011). Nesse caso, embora o Poder Público utilize seu poder de contratação para celebrar avenças que visam a fomentar um grupo social e economicamente desfavorecido, esse fomento é *contratado de forma direta*, isto é, ele é o próprio objeto primário desse contrato administrativo.

¹⁹ Exemplos nesse sentido (e que, portanto, extrapolam o objeto desta tese) são: a hipótese de dispensa de licitação para a intervenção do Estado no domínio econômico para a regulação de preços ou normalização do abastecimento, regulada pelo art. 24, VI, da Lei nº 8.666/1993; a política do *New Deal*, nos Estados Unidos da América, que utilizou a intensificação das contratações públicas para estímulo da economia, como forma de combater a recessão econômica então vivenciada pelo país; ou, ainda, as políticas de inovação baseadas na criação de uma demanda, por meio das compras públicas, para estimular a criação de novos produtos e serviços (“*Demand Based Innovation Policy*”).

Não quero, com isso, reduzir artificialmente a redução de uma realidade que parece ser mais ampla do que a do objeto desta tese. Há, de fato, diversas situações de uso das contratações públicas como meio para assegurar ou aumentar a eficácia de norma geral, ou como instrumento direto de fomento a grupos ou setores específicos. Ocorre que, embora esses casos possam ser fática e materialmente relevantes, entendo que eles não suscitam todos os conflitos que a função derivada, com a delimitação aqui proposta, é capaz de provocar. É o exemplo do uso da contratação pública como instrumento para assegurar a eficácia de obrigação legal geral e vigente. Por um lado, esse uso pode trazer complexificações para o procedimento de contratação, tanto para o ente contratante, como para potenciais interessados. Por outro, contudo, esse uso não levanta a questão da legitimidade democrática, e seu potencial de conflito com a isonomia tende a ser bem menor (já que se trata de norma igualmente aplicável a todos). O mesmo ocorre na situação de uso direto da contratação pública para o fomento de determinados grupos ou setores: se é certo que pode haver questionamentos quanto aos critérios de escolha dos beneficiados (e, portanto, quanto à isonomia), não há, por outro lado, a complexificação gerada pela diversificação dos fins da contratação, uma vez que o fomento é colocado como o próprio objeto da contratação. Ainda assim, mesmo com a delimitação mais restrita de função derivada adotada por esta tese, as considerações aqui desenvolvidas podem ser aplicadas a uma conceituação mais ampla de “direcionamento” das contratações públicas, pois as questões jurídicas que tal uso pode gerar já estarão compreendidas nas questões jurídicas ensejadas pela função derivada tal como aqui delimitada.

Portanto, a proposta da tese é descrever e analisar o uso do poder de compra estatal, por meio da função derivada nas contratações públicas, como instrumento de políticas públicas no Brasil. A partir daí, identificarei os principais desafios que esse movimento gera para o sistema de contratações públicas – com a consequente necessidade de repensarmos tanto o processo de contratação pública, como o próprio uso da função derivada.

Qual a origem do movimento de função derivada das contratações públicas no Brasil? Quais as características e os fundamentos jurídicos dessa função derivada? Por que usar o poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas – e como melhor fazê-lo? Quais os desafios que esse movimento traz para o sistema de contratações

públicas? Quais os parâmetros e limites a serem observados para assegurar a viabilidade jurídica da função derivada?

A partir das respostas a essas indagações, pretendo ir além de uma análise binária sobre a viabilidade jurídica da função derivada.²⁰ Isso porque a tese parte da premissa de que diversos fatores podem interferir na viabilidade jurídica da função derivada. Assim, ela pode conflitar com outros valores igualmente protegidos e visados na contratação pública, especialmente aqueles vinculados com sua função primária: economicidade, eficiência, isonomia e competitividade. É necessário estudar os fatores envolvidos para harmonizar os diversos interesses e assim pensar a função derivada de forma juridicamente adequada.²¹

Ressalto que não pretendo construir mecanismos para comparar o poder de compra estatal, como instrumento de políticas públicas, com outros instrumentos que podem ser previstos em políticas públicas para a disponibilização de serviços e utilidades para a população. O objeto deste trabalho é o estudo da função derivada das contratações públicas, o que implica analisá-la, em si mesma, como instrumento de efetivação de políticas públicas. Ainda assim, para eventualmente apontar vantagens e desvantagens, tecerei comparações com outros instrumentos de políticas públicas – sem, no entanto, pretender fazer qualquer tipo de priorização entre as ferramentas de execução de políticas públicas disponíveis.

Ademais, não irei adentrar nos objetivos derivados trazidos pelas políticas públicas setoriais. Minha proposta é a de analisar o instrumento escolhido – a função derivada –, não as políticas e os fins em si. Exemplificativamente, não avaliarei se o fomento às micro e

²⁰ A análise binária sobre a possibilidade jurídica da função derivada é a principal abordagem doutrinária atualmente existente no Brasil. Nesse sentido, por exemplo, costuma-se afastar eventuais críticas à função derivada, com o argumento de que a “melhor proposta” não equivale ao “menor preço” – argumento que, aliás, esta tese em nenhum momento contesta –, ou então com a afirmação de que o Estado tem o dever de promover o fim derivado em específico – sem que as consequências da seleção da forma (a função derivada) para sua promoção sejam consideradas.

²¹ O art. 4º, V, Lei do RDC, é exemplo interessante da necessidade de ponderação de interesses conflitantes: “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) V - utilização, **sempre que possível**, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, **desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação**; e”. Veja-se, assim, que o dispositivo propõe a adoção de uma preferência de suprimento local, mas desde que esse critério não cause prejuízos à eficiência e economicidade da contratação.

pequenas empresas é uma ação governamental capaz de, de forma eficaz e eficiente, estimular a economia e gerar empregos; a indagação que rege a presente tese é se a contratação pública (e, mais especificamente, a função derivada da contratação pública) seria o meio juridicamente adequado para implementar esse fim previamente escolhido.

Note-se portanto que, por trás da função derivada, haverá decisões políticas e econômicas tomadas no âmbito das políticas públicas. Ao olhar para as contratações públicas como instrumento dessas decisões, não irei analisar a eventual adequação da política (e seus fins) em si, mas sim a adequação do instrumento escolhido. Minha hipótese é a de que a função derivada gera consequências que devem ser consideradas tanto na decisão de usá-la ou não no âmbito de uma determinada política pública, como na sua formulação (conteúdo) e implementação (operacionalização).

Quanto à terminologia, a tese adota a expressão “*contratação pública*” como *tudo o processo de contratação*, desde (i) a identificação da necessidade pública, definição do objeto contratual e requisitos mínimos a serem atendidos pelo contratado (chamada de “fase interna” da contratação), (ii) o processo de escolha da melhor proposta (por meio de licitação ou de contratação direta, nas hipóteses legalmente previstas), e (iii) a celebração, execução e encerramento contratual.

A tese adota como premissa normativa a seguinte *legislação geral de contratações públicas*: Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995²² (“Lei das Concessões”), Lei nº 10.520/2002 (“Lei do Pregão”), Lei nº 11.079/2004 (“Lei das Parcerias Público-Privadas” – “Lei das PPPs”) e Lei nº 12.462/2011 (“Lei do Regime Diferenciado das Contratações Públicas” – “Lei do RDC”). Além disso, serão estudadas as leis nacionais que preveem hipóteses de função derivada.

Por fim, ressalto que a decisão do Poder Público de não comprar não se enquadra na função derivada, tendo em vista a inexistência de contratação pública. Dialogo (e

²² Ressalte-se que, embora as “concessões comuns”, reguladas pela Lei nº 8.987/1995, não ensejem em regra o dispêndio de recursos públicos (sendo a remuneração da concessionária, em geral, pautada pela cobrança de tarifa dos usuários), ainda assim se coloca a questão da boa contratação para a Administração – e para a finalidade pública que se pretende satisfazer –, tornando igualmente relevante o estudo da função derivada também nessas contratações.

discrepância) aqui com Sue ARROWSMITH e Peter KUNZLIK²³, para os quais a decisão de não comprar é um exemplo de função derivada (*“horizontal policy”*, conforme terminologia adotada pelos autores) em prol de uma política ambiental, tendo em vista a diminuição dos custos sociais e ambientais.

1.5. Metodologia e estruturação da tese

A tese tem por objetivo investigar a função derivada das contratações públicas no cenário normativo nacional, identificando os pontos de tensão que ela gera no sistema de contratações públicas.

Para isso, este trabalho divide-se em duas etapas principais: (i) etapa inicial de diagnóstico e descrição da função derivada das contratações públicas no cenário nacional, especialmente a partir do direito positivo, mas também atentando para a jurisprudência em casos específicos; e, a partir deste levantamento normativo, (ii) construção de considerações teóricas sobre as principais características e fundamentos da função derivada, bem como as tensões e os desafios que seu uso enseja no sistema de contratações públicas.

Para a fase de diagnóstico, foram realizadas três principais frentes de trabalho: (i) pesquisa e análise de leis nacionais que preveem hipóteses de função derivada das contratações públicas; (ii) estudo de casos concretos de função derivada, escolhidos a partir do levantamento da legislação nacional; (iii) revisão bibliográfica da literatura jurídica específica sobre a função derivada das contratações públicas.

Em relação à análise normativa, entendo haver necessidade de considerar o ordenamento jurídico existente sem, contudo, deixar de analisá-lo criticamente. Ainda nesse sentido, tendo em vista que a tese propõe-se a estudar a função derivada das contratações públicas de forma integrada e sistemática, a legislação não foi examinada em seu regime específico e individualizado, mas sim tendo em vista um estudo transversal do tema, traçando seus parâmetros e características gerais.

²³ ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 128-129.

Ressalte-se que o estudo de fontes estrangeiras – doutrinária, normativa e de casos concretos – não é o foco deste trabalho, mas foi utilizado pontualmente para subsidiar a análise e problematização do tema.

Do mesmo modo, não estudei exaustivamente a jurisprudência sobre o tema. Mas as decisões dos tribunais foram trazidas no estudo de casos concretos sobre a função derivada (item 3.5), subsidiando minhas reflexões.

Para alcançar os objetivos propostos, estruturei a tese da seguinte forma.

Após esta introdução, o Capítulo 2 estabelece o “ponto de partida” das contratações públicas, com sua função primária, para posteriormente melhor demonstrar o movimento de diversificação das finalidades contratações públicas com a função derivada. Assim, o Capítulo 2 constrói o cenário de partida das contratações públicas (a função primária), utilizadas como mero meio para contratar a execução de obra, o fornecimento de bens ou a prestação, de forma eficiente e com observância à isonomia e estímulo à máxima competição, de modo a atender uma necessidade pública específica e claramente relacionada ao objeto do contrato.

Já o Capítulo 3 constrói o movimento da função derivada no Brasil, a partir da perspectiva evolutiva do contexto jurídico-institucional dessa prática. Analiso o fenômeno normativo da função derivada, sem, contudo, descuidar do contexto institucional no qual ela se insere. Para isso, inicialmente descrevo algumas mudanças recentes no sistema de contratações públicas, que constituem o panorama a partir do qual se constrói o movimento de função derivada. Adentro, então, no cenário normativo da função derivada das contratações públicas no Brasil. O objetivo é mapear as principais características dessas experiências de função derivada – e, a partir disso, identificar e caracterizar um movimento de utilização da função derivada das contratações públicas no país. Completo o capítulo com o estudo de alguns casos, selecionados a partir do levantamento normativo, onde aprofundarei a compreensão da prática da função derivada.

O Capítulo 4 contém concepções teóricas da função derivada adequadas ao fenômeno jurídico contratual, tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da investigação normativa realizada no capítulo anterior, pretendo extrair abstrações teóricas sobre o fenômeno, de modo a melhor compreendê-lo, analisando suas

características e seus fundamentos para o sistema regulatório de contratações públicas no Brasil. Eis o motivo pelo qual optei por inicialmente realizar uma descrição do direito positivo da função derivada (Capítulo 3), para identificar, a partir dos resultados encontrados, as principais características e fundamentos desse fenômeno. Para a estruturação da tese, parto da hipótese de que a função derivada está se desenhando e se implementando com pouco esforço teórico de sua sistematização, de forma um tanto quanto caótica, sem que as consequências – tanto para a função primária, como para a própria efetividade da função derivada – sejam ponderadas. Inexiste modelo teórico que busque demonstrar as tensões e compatibilizá-las quando viável. Partindo, portanto, dessa hipótese, não faria sentido falar primeiro sobre questões teóricas e depois realizar análise do cenário. Por isso, a inversão: primeiro, realizei o estudo de casos para, a partir deles, construir ponderações mais teóricas.

Ressalto, contudo, que o principal objetivo do Capítulo 4 (e da tese) não é construir uma teoria, mas sim olhar para a realidade jurídica da função derivada de maneira mais conceitual para, a partir daí, identificar questões e apresentar proposições nos capítulos seguintes.

Traçadas as características e os fundamentos da função derivada, o Capítulo 5 foca as questões jurídicas que a função derivada enseja para o sistema de contratações públicas, a partir de maior complexificação por ela trazida e dos pontos de tensão com os valores tradicionais da função primária.

Concluo a tese (Capítulo 6) enfrentando os desafios gerados pela função derivada, conforme identificados no Capítulo 5. Conforme abordado, a tese sustentada é a de que a função derivada deve ser evitada pelo legislador e pelo gestor público, tendo em vista a complexificação e as tensões que ela enseja no sistema regulatório de contratações públicas. Caso, contudo, opte-se por utilizá-la, o legislador e o gestor público devem considerar essas tensões trazidas pela função derivada, garantindo a observância de outros valores igualmente protegidos pela ordem jurídica e relevantes para o sistema de contratações públicas. São esses os dois pontos de chegada que proponho sejam almejados pela função derivada. Assim, no capítulo conclusivo, adoto abordagem propositiva, formulando e sugerindo os ajustes necessários no plano jurídico do fenômeno estudado.

Capítulo 6: O PONTO DE CHEGADA: PERSPECTIVAS PARA A FUNÇÃO DERIVADA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Vimos que, por um lado, a função derivada já é realidade normativa e prática no Brasil. Conforme se buscou demonstrar no Capítulo 3, há um movimento que aponta para a consideração das contratações públicas como instrumento apto a impactar e direcionar o setor produtivo para a promoção de fins públicos diversos, o que culminou na edição de quase oitenta regras de função derivada, apenas em âmbito legislativo (sentido estrito) nacional.

Por outro lado, a função derivada, apesar de sua potencialidade como instrumento de políticas públicas (conforme fundamentos para o uso da função derivada apresentados no item 4.3), aumenta a complexidade e traz tensões para as contratações públicas (abordados no Capítulo 5), sobretudo pelo modo indireto e oblíquo com que o novo fim é incorporado à contratação.

Como reagir, então, ao movimento da função derivada das contratações públicas no Brasil? Entendo que há duas respostas sucessivas e complementares para essa pergunta.

Antes, contudo, ressalto que adoto como premissa de análise o entendimento de que a ação governamental deve: (i) buscar sua máxima *racionalização*, com vistas à melhor satisfação possível das necessidades públicas que a justificam; (ii) deter *legitimidade*; e (iii) preservar *segurança jurídica*, *previsibilidade* e *transparência*. Para isso, a decisão quanto à forma e ao conteúdo da ação governamental – tanto legislativa, como do gestor público – deve ter em vista que toda atividade estatal envolve escolhas, que devem ser tomadas a partir de fatos subsídios e com ampla fundamentação.

Trazendo essas considerações mais abstratas para o caso da função derivada, e considerando que as contratações públicas são formas de ação estatal, a regulação das contratações públicas deve sempre buscar diminuir sua complexidade e harmonizar seus conflitos internos, arbitrando os diferentes valores (e interesses) envolvidos.⁴¹⁸ As escolhas

⁴¹⁸ Abordando os desafios para melhorar a qualidade da relação entre políticas públicas e direito, Carlos Ari SUNDFELD e André ROSILHO trazem a necessária busca da diminuição da complexidade: “O terceiro dos

relacionadas aos fins e aos valores das contratações públicas devem ser legitimadas a partir de um processo que permita harmonizar os diferentes interesses envolvidos em tensão, de forma transparente e planejada, com segurança jurídica e estabilidade.

Voltando à avaliação frente à função derivada, e tendo em vista as tensões e complexificações que ela traz para as contratações públicas, a primeira resposta a esse movimento é que *a função derivada deve ser evitada pelo legislador e gestor público*. Isto porque, por um lado, *sua eficácia é de difícil demonstração*. Por outro, ela (i) *impacta o custo e a qualidade das contratações*, até mesmo *colocando em risco a satisfação da função primária*; (ii) *tensiona-se com os valores da competição e da isonomia*; e (iii) *dificulta a boa governança da contratação*, trazendo inclusive *maior burocratização e litigiosidade*. Diante disso, a contratação deve ser prioritariamente utilizada para o cumprimento de sua função primária, clara e diretamente inserida no objeto da contratação, com fins à satisfação da necessidade pública que a origina. Ou, dito de outro modo, as necessidades públicas devem ser trazidas para as contratações públicas de forma direta, como sua função primária.

A segunda resposta é a de que, *caso se opte por utilizar a função derivada, há fatores que devem ser considerados tanto pelo legislador, como pelo gestor público, de modo a reduzir ou, eventualmente, neutralizar as complexificações e tensões trazidas pela função derivada*. A decisão sobre quando e como utilizar a função derivada deve ser tomada visando à *harmonização das tensões entre função primária e função derivada*, sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública, e considerando-se: (i) a forma de *institucionalização* da função derivada; (ii) os *limites da reconfiguração da “melhor proposta”*; (iii) as consequências de suas diferentes *técnicas*; (iv) a sua adequada *processualização e motivação*; e (v) a existência de *mecanismos para seu controle e sua avaliação*.

desafios é o da diminuição da complexidade. Partindo-se da premissa de que as normas e os atos jurídicos envolvem ônus e custos (para serem editados, aplicados, interpretados etc.), extrai-se a conclusão de que é preciso racionalizar seu uso, de modo a serem evitados desperdícios, de recurso e de tempo, bem como evitados desvios. Não se está, aqui, defendendo que haja necessariamente menos normas, que se desregule ou se diminua o Direito. A ideia é que se meça o custo-benefício da complexidade, antes de aumentá-la.” (SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos?. In: SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77).

Entendo que essas duas respostas não são contraditórias, porque partem de momentos diferentes de tomada de decisão. A primeira, no momento inicial de tomada de decisão (uso ou não uso da função derivada), apresenta o juízo da conduta propositiva mais ideal, de melhor prática para as contratações públicas (e de promoção de políticas públicas), a partir dos resultados desta tese: o uso da função derivada deve ser evitado. A segunda considera a tomada de decisão pelas instituições competentes quando decidem de utilizar a função derivada, e adota abordagem prática propositiva de como melhor usar esse instrumento.

Busco detalhar a primeira resposta ao movimento de função derivada no item 6.1, dedicando-me a ponderar os cuidados para seu melhor uso no item 6.2.

6.1. Afinal, para o que servem as contratações públicas?

As contratações públicas servem para satisfazer a necessidade pública primária que efetivamente a enseja e justifica, estando o objeto da contratação (aquisição de bem, prestação de serviço ou execução de obra) clara e imediatamente relacionado a esse fim.

Sendo a contratação um instrumento de ação estatal, ela estará fundada e pautada na satisfação de uma necessidade pública. A contratação deve direcionar-se, portanto, para a satisfação dessa necessidade que a enseja e fundamenta, representada pela sua função primária.

A inclusão de novos fins derivados, não essenciais para a satisfação dessa necessidade pública originária que justifica a contratação, e que são nela colocados de forma indireta e oblíqua, traz para as contratações públicas tensões e conflitos que não lhe são originários e nem necessários para a consecução da necessidade pública primária.

Ressalte-se que a contratação pública já enfrenta dificuldades processuais para sua implementação, devendo observar uma série de regras e procedimentos formais. Nesse cenário, *a função derivada adiciona fator de complexidade para a contratação pública*, em razão da multiplicidade de interesses envolvidos – gerando inclusive *risco de inviabilizar sua função originária*. O objeto da contratação (que, reitere-se, está diretamente relacionado com a satisfação da necessidade pública primária que origina o procedimento)

pode ser negativamente impactado em seu custo e qualidade, gastando-se mais por objeto de pior qualidade. Há dificuldades adicionais que são geradas para o processo em si (possibilidade de aumento de impugnações, recursos e outras reclamações administrativas ou judiciais), que decorrem da *redução da competitividade* e da introdução de regras de *preferências* da contratação, bem como desafios gerados para o acompanhamento do cumprimento da função derivada. A função derivada suscita, ainda, *dificuldades relacionadas à boa governança*: quanto mais questões são trazidas para a contratação pública, mais esse processo tende a se burocratizar para ser controlado. A *maior complexidade e litigiosidade* aumentam os custos de transação, e atrasam a satisfação da necessidade primária visada pela contratação. Há também maior possibilidade de *interferências de órgãos externos de controle*, diante dos conflitos gerados – o que atrasa e tende a encarecer ainda mais a obtenção da necessidade visada.

Os conflitos são potencializados tendo em vista o *procedimento de contratação adotado no Brasil*, que praticamente não admite negociação efetiva entre as partes interessadas. Isso faz com que as restrições, obrigações ou preferências trazidas pela função derivada sejam representadas como ônus adicional a ser arcado pelo possível contratado (ônus a ser monetizado e repassado para as ofertas), e não como efetivo instrumento de barganha utilizado pelo ente contratante para obter uma contratação mais vantajosa.

Mencione-se, ainda, ser difícil identificar a real *eficácia da função derivada* como instrumento de políticas públicas, tanto em casos específicos, como de forma geral. Aliás, parece inexistir preocupação em *fundamentar a adoção da função derivada*, bem como a escolha de sua técnica e de seu conteúdo. A análise dos casos da margem de preferência para produtos e serviços nacionais (item 3.7.1) e micro e pequenas empresas (item 3.7.3) demonstrou que, no processo legislativo, nenhum fundamento é trazido nem para a escolha das técnicas utilizadas, nem para o seu conteúdo.

Parece igualmente inexistir preocupação com a *avaliação dos resultados efetivos desse instrumento* para a realização dos fins propostos – como se o acerto da implementação dos fins derivados (promoção de grupos hipossuficientes, proteção ambiental, fomento da indústria nacional) fosse suficiente para justificar o instrumento em si. Por sua vez, quando estudos prévios e posteriores existem, eles são de pouca

transparência – como no caso da margem de preferência nacional (item 3.7.1) – ou de difícil comparação – como observado no caso das medidas de “offset” (item 3.7.2).

Nesse contexto, *é complexo responder, de forma objetiva, se vale a pena gastar mais (ou, então, comprar com pior qualidade) para promover esses fins públicos por meio das contratações públicas*. Ou seja, complexifica-se (ainda mais) as contratações pública, tensões são geradas, pode-se gastar e impactar negativamente a qualidade do objeto primário da contratação, mas não se sabe, exatamente, se e em qual medida os fins derivados estão sendo alcançados.

Diante de todas essas questões geradas pelas características da função derivada, entendo que a contratação pública deve ser preferencialmente reservada ao cumprimento da finalidade primária que lhe é atribuída, de forma objetiva e direta, devendo-se evitar a inclusão de fins derivados.

Caso, dentre os diversos instrumentos de política pública, opte-se por estruturar e operacionalizar a ação estatal por meio da contratação pública, *os fins a serem satisfeitos devem ser colocados como a própria função primária da contratação*. Instrumentos regulatórios estruturados de forma direta trazem maior transparência, segurança jurídica, eficiência e eficácia do que com o uso da função derivada. A colocação do fim visado como o próprio objeto da contratação afasta os conflitos gerados pela função derivada em relação aos valores de isonomia, competição e concorrência.

As contratações públicas podem, sim, servir para a promoção de políticas socioeconômicas. Mas, para evitar tensões e dificuldades quanto à eficiência e eficácia na satisfação de finalidades sociais, *esses objetivos devem ser preferencialmente colocados como o fim primário da contratação, e não de forma indireta e oblíqua*.

Não vejo óbices, portanto, no uso do poder de compra estatal para estimular setores ou promover determinadas atividades – desde que tal uso seja feito de forma direta, com a contratação tendo por objeto e fim o fomento desses setores ou atividades. São, por exemplo, os casos dos contratos de fomento, que têm por finalidade, justamente, promover determinado setor ou atividade, por meio da concessão de benefícios diversos (tais como treinamentos, cessão de uso bens públicos, simplificações burocráticas, repasse de recursos financeiros, empréstimos em condições favorecidas).

A crítica e o ceticismo desta tese são quanto ao uso da contratação de forma indireta para a satisfação de fins que são indiretamente nela colocados, uma vez que essa forma oblíqua de contratualização da ação governamental traz conflitos, insegurança jurídica e falta de transparência. Não contesto, portanto, a ampliação do âmbito da contratualização da atividade administrativa – com a satisfação de fins públicos por meio das contratações públicas – mas, sim, a colocação de fins derivados.

O entendimento de que se deve evitar a função derivada não se contrapõe ao movimento de melhor qualidade das contratações públicas, visando tanto ao dimensionamento mais adequado – e de forma mais ampla – dos custos e benefícios, como à contratação com maior qualidade. A mais adequada especificação técnica do objeto, considerando as necessidades envolvidas, e a melhor identificação dos custos e benefícios a serem gerados ao longo de toda a contratação, são movimentos que não se confundem com a função derivada. Ressalte-se, aliás, que a função derivada pode ensejar a contratação de um objeto com pior qualidade, opondo-se ao movimento por melhor qualidade das compras estatais.

Tampouco se nega a relevância da facilitação de acesso ao mercado de contratações públicas, especialmente no caso de grupos que possam apresentar maior dificuldade na compreensão e satisfação de todos os requisitos necessários. Nesse caso, contudo, a facilitação deveria ser visada de forma irrestrita, com a simplificação dos procedimentos de contratação pública para todos (o que levaria a seu maior acesso e à ampliação da competição), e a adoção de medidas de treinamento e incentivos para a capacitação geral das empresas (e, com isso, maior facilidade no acesso).

6.2. Em busca da harmonização entre função primária e função derivada

Caso, contudo, opte-se por utilizar a função derivada, é necessário identificar os conflitos que podem surgir, sendo que sua previsão e seu uso, pelo legislador e pelo gestor público, devem buscar harmonizar tais tensões.

Inicialmente, pode-se indagar se, diante do cenário normativo em que já há várias experiências de função derivada, ainda faria sentido separar função primária e função

derivada. De fato, essa separação poderida dar a ideia (equivocada) de que existiriam duas etapas diferentes e sucessivas de decisão, como se, primeiro, houvesse a decisão isolada de “eficiência” (função primária), e depois a decisão isolada de “valor” (função derivada). Na realidade, nem essa divisão existe na prática (ao menos não de forma tão clara), e nem são escolhas cronologicamente sucessivas.

Ainda assim, é importante fazer essa separação para bem delimitar o objeto da contratação e as necessidades que ela deve satisfazer. A ausência de clareza quanto ao objetivo que a contratação deve alcançar tende a trazer irracionalidade para a tomada de decisões. Deve-se compreender quais funções a contratação pública deve ou pode cumprir – e quais finalidades lhe podem ser imputadas –, sendo que a divisão entre função primária e função derivada auxilia na delimitação e na solução das questões ensejadas com a diversificação dos fins da contratação pública.

Conforme mencionado no Capítulo 2, há diversos fins, objetivos e valores que podem ser buscados pelo Estado nas suas contratações, cabendo a cada sistema jurídico escolher e combinar seus próprios valores. No Brasil, os valores escolhidos como cerne da função primária das contratações foram isonomia, competição e eficiência. Mas, ainda assim, por vezes um ou outro desses valores é flexibilizado para comportar outros objetivos.

Entendo que a principal baliza a ser observada nessa combinação (e harmonização) de valores é que *função derivada não pode impedir ou inviabilizar a função primária (a realização do objeto contratual, com a satisfação da necessidade pública primária que origina a contratação), sob pena de completa descaracterização da contratação pública*. Nesse sentido, a expressão “função derivada” pode demonstrar relação de subordinação da finalidade derivada em relação à satisfação da finalidade primária e original da contratação, sendo que, em caso de conflito na implementação dessas funções, a primária deve prevalecer.

No entanto, a subordinação da função derivada à função primária da contratação não significa que valores tradicionalmente imputados à função primária não possam ser flexibilizados para a compatibilização da função derivada. A função primária deve ser assegurada prioritariamente em relação à função derivada apenas *em termos de eficácia*

(efetiva execução do objeto primário), e não em relação aos valores-meios de isonomia, eficiência e competição.

Isto porque a função derivada é subordinada à satisfação e à eficácia da função primária da contratação, no sentido de que a viabilidade da execução do objeto do contrato (fornecimento do bem, prestação do serviço ou entrega da obra) e sua obtenção deve ter preferência em relação à introdução da finalidade adicional e secundária. Porém, a relação de subordinação não necessariamente permanece em caso de conflito entre, por um lado, a entrega do objeto primário de forma eficiente, isonômica ou com a máxima competição, e, por outro, a satisfação da função derivada. Nesse caso, estaremos diante de conflito entre os valores da função primária e função derivada, que deve ser decidido caso a caso, seja pelo legislador, seja pelo gestor público.

A questão é, portanto, como prever e utilizar a função derivada, de modo a (i) não frustrar a realização do objeto da contratação (função primária) e (ii) harmonizar, ao máximo possível, os conflitos que ela tende a gerar.

Para isso, a função derivada deve ou se amoldar ao sistema no qual ela será incorporada ou alterá-lo. Ainda que caiba a cada sistema de contratações definir, legitimamente, seus próprios valores e objetivos, ele deve harmonizá-los, em termos materiais e procedimentais, *lidando de frente com as tensões geradas pela função derivada*, sob pena de aumentar a litigiosidade e a insegurança jurídica, e de colocar em risco todos os objetivos da contratação. Portanto, uma vez tomada a decisão política quanto aos valores a serem perseguidos pelas contratações públicas, é imprescindível que o procedimento de contratação seja compatibilizado, de modo a comportar e equilibrar esses valores.⁴¹⁹

⁴¹⁹ Peter-Armin TREPTE ressalta a importância de expressa compatibilização dos valores do sistema de contratações, especialmente em relação às tensões geradas pela função derivada: *"It is submitted that the most appropriate option is to amend existing legislation such that secondary policies are properly recognised as derogating from the primary objectives of the regulation. If amendment is not possible as a result of a failure to agree, in an international context, on the precise scope and nature of the secondary policies to be pursued, then the whole question of the legitimacy of that policy is opened to question and the issue of discrimination comes to the fore."* (TREPTE, Peter-Armin. **Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 190). E continua: *"There can be no objection, in principle, to the pursuit of secondary policy objectives where they do not otherwise offend against the provisions of the regulation, even where unforeseen. The difficulty is simply one of compatibility and of seeking ways to secure inclusion without falling foul of the existing provisions. Where the pursuit of secondary objectives is consistent (or could be consistent) with the substantive objectives of the regulation but*

Tendo em vista a necessidade de preservação da satisfação da função primária, deve-se ponderar até que ponto a função derivada pode impactar as características (técnicas e econômicas) do objeto da contratação. Já em relação aos valores de eficiência, isonomia e competição, deve-se avaliar em quais situações e em qual medida esses valores podem ser flexibilizados frente à função derivada.

Nesse cenário, a decisão pelo uso da função derivada deve ser tomada buscando-se a *harmonização das tensões entre função primária e função derivada*, e sempre sem prejuízo à satisfação da finalidade primária da contratação pública.

A harmonização deve ser visada em dois momentos principais de tomada de decisão, tanto no processo legislativo, como no processo administrativo: (i) na *etapa de decisão quanto ao uso ou não uso da função derivada* (escolha que se pauta essencialmente na decisão de eficiência *versus* outros valores políticos); (ii) uma vez tomada a decisão pelo uso da função derivada, na *etapa de implementação* (assegurando-se a preocupação pela eficácia e eficiência da contratação).

Em ambos os casos, as etapas do processo de decisão devem abarcar, de modo a racionalizar a atividade legislativa e administrativa: (i) a identificação da necessidade pública a ser satisfeita; (ii) o diagnóstico da situação; (iii) a identificação e a avaliação das alternativas existentes, com a análise dos impactos positivos e negativos, bem como dos custos e benefícios que se espera obter em cada alternativa; e (iv) a tomada de decisão.

Entendo haver cinco principais temas a serem observados para balizar esse processo de decisão sobre quando e como utilizar a função derivada: (i) a *institucionalização* da função derivada, isto é, como a função derivada deve ser incorporada ao sistema de contratações públicas no Brasil; (ii) os *limites da reconfiguração da “melhor proposta”* pela função derivada; (iii) a atenção às *técnicas* possíveis de função derivada e aos diferentes impactos que cada uma pode causar; (iv) a *processualização e motivação* da previsão e do uso da função derivada; e, por fim, (v) a formulação de *mecanismos de*

incompatible with its procedural requirements, then it is further submitted that such regulation should be modified to enable the pursuit of acceptable secondary policies.” (TREPTE, Peter-Armin. **Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 136).

controle e avaliação da função derivada. Passo a analisar cada um desses pontos nos itens seguintes.

6.2.1. Institucionalização da função derivada

A decisão quanto ao uso (ou não uso) da função derivada sempre envolverá uma escolha de priorização na alocação de recursos públicos. Mesmo a decisão de não utilizar a função derivada implica a escolha de favorecimento de valores como a eficiência, a isonomia e a competição, com a não alocação de recursos para a realização de fins derivados por meio das contratações públicas. Há diversos objetivos que podem ser visados pelo sistema de contratação (alguns contraditórios entre si), parecendo ser inviável impor que a contratação alcance todos esses objetivos simultaneamente – surgindo a necessidade de escolhas e de definições sobre quais valores prevalecerão, quando e com quais condições.⁴²⁰

A questão, portanto, é a de quem decidirá sobre tal alocação, e como essa decisão será tomada. A discussão sobre a melhor institucionalização da função derivada relaciona-se com o aperfeiçoamento do procedimento de tomada de decisão quanto à alocação de recursos públicos escassos.

A definição da forma mais adequada de institucionalização da função derivada perpassa por duas questões centrais. A primeira, sobre *a quem caberá decidir pelo seu uso, se ao legislador ou ao ente público contratante* – e qual o grau de normatização da regra de

⁴²⁰ Steven SCHOONER aponta, inicialmente, os diversos objetivos que podem ser visados por um sistema de contratação: “*Unfortunately, it is difficult to articulate objectives for a procurement system. There are many options, and most are contradictory. This paper will briefly address nine goals frequently identified for government procurement systems: (1) competition; (2) integrity; (3) transparency; (4) efficiency; (5) customer satisfaction; (6) best value; (7) wealth distribution; (8) risk avoidance; and (9) uniformity.*” (SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law. **Public Procurement Law Review**, nº 103, 2002, p. 1-2). Ao final, conclui ser impossível que o sistema de contratações públicas alcance todos esses valores, surgindo então a necessidade de “*trade-offs*”: “*No system can achieve all of these goals. Nor can a state expect that its objectives for its system will remain constant over time. Determining which goals are most important is a daunting, ever-evolving challenge. Because no system can achieve all of the goals here (or the many not discussed), your desiderata entails important tradeoffs. There are significant transactional, economic, and social costs associated with maximizing transparency, integrity, and competition. Nonetheless, the author believes these costs are an excellent long-term investment.*” (SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law. **Public Procurement Law Review**, nº 103, 2002, p. 17).

função derivada a ser estabelecida pelo legislador. A segunda, agora com foco na institucionalização da função derivada no âmbito do ente contratante, *qual o grau de centralização ideal da regulamentação quanto ao seu uso*. O enfrentamento dessas questões implica a ponderação quanto ao “grau ótimo” de distribuição da regulação da função derivada entre os diferentes instrumentos que podem ser utilizados: lei em sentido estrito; regulamento (com normatização geral e abstrata, bem como centralizada no chefe do Executivo, se for por decreto); e procedimento de contratação, notadamente por meio do edital de licitação (normatização específica e concreta, desconcentrada e descentralizada).

Na análise dessas questões, alguns valores particularmente relevantes para o tema das contratações públicas devem ser cotejados: *segurança jurídica, estabilidade, transparência e clareza (fácil compreensão)* das regras de função derivada.

A função derivada traz normas que podem demandar adaptações do mercado produtivo, sendo necessário tempo para sua adequação (de modo a, inclusive, preservar a competitividade) e para o retorno dos investimentos necessários para essa adaptação.⁴²¹ A criação de mercado a longo prazo é, aliás, um dos fundamentos (e objetivos) das políticas de desenvolvimento⁴²² – e, no caso das regras de função derivada, busca-se ainda a criação de um mercado com características específicas. Além disso, é necessário que as regras possam ser de clara compreensão para os atores do mercado de contratações públicas: beneficiados, interessados na contratação, entes contratantes e órgãos de controle.

Deve-se considerar, ainda, que a deliberação pelo uso da função derivada enseja não apenas uma decisão alocativa de recursos públicos, mas a intervenção na liberdade empresarial, bem como a opção pela prevalência da racionalidade política em detrimento da racionalidade econômica contratações públicas, gerando tensões com seis valores tradicionais.

⁴²¹ No estudo da Secretaria de Assuntos Legislativos, uma das recomendações para nortear a política de licitações sustentáveis é conferir segurança jurídica por meio de critérios estáveis, para assegurar maior competitividade, bem como para compensar os esforços do mercado de adaptação às regras de função derivada. Nesse sentido: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis**. Série Pensando o Direito, nº 49, v. 2, 2013, p. 237.

⁴²² KATTEL, Rainer; Lember, VEIKO. Public Procurement as an Industrial Policy Tool: an Option for Developing Countries? **Journal of Public Procurement**, Volume 10, Issue 3, 2010, p. 380.

Diante desses valores, entendo que algum *grau de legalização e de centralização da função derivada é necessário*, por ser capaz de propiciar legitimidade democrática, segurança jurídica, transparência e clareza das regras.⁴²³

Nesse sentido, a função derivada deve ser *expressamente autorizada em lei*, de modo a (i) derrogar expressamente os valores tradicionalmente aplicáveis às contratações públicas, possibilitando a incidência daqueles trazidos pela função derivada, (ii) tornar claros e expressos os “*trade-offs*” envolvidos na função derivada, permitindo que eles sejam decididos por quem mais detém legitimidade democrática para tomar decisões alocativas, e, com isso, (iii) harmonizar o sistema de contratações públicas, adaptando (ou revogando) as regras vigentes.

A simples autorização para o uso da função derivada por regra legal já é capaz de lhe conferir maior grau de legitimidade e auxiliar a solução das tensões. Contudo, o detalhamento mínimo quanto à forma de sua operacionalização no âmbito da contratação (sobretudo quanto à técnica a ser adotada) permite a melhor harmonização entre os conflitos, bem como maior segurança jurídica e transparência para os atores envolvidos e para o setor produtivo.⁴²⁴

⁴²³ Marta MEIRELES entende que a maior regulamentação, com alguma limitação da discricionariedade, favorece a transparência e segurança jurídica: “*The procurement process should reflect those multiple functions and interests and try to address them accordingly. While it is expected that discretion will be needed in some instances, it is better to regulate and to determine the limits and responsibilities of each part than to live open to uncertainties. This does not mean that discretion should necessarily be limited, but that responsibilities for decisions are allocated to those in a better position to take them.*” (MEIRELES, Marta de Castro. **The World Bank Procurement Regulations: a critical analysis of the enforcement mechanism and of the application of secondary policies in financed projects**. 2006. 378 f. Tese (Doutorado). Universidade de Nottingham, Nottingham (Inglaterra), 2006, p. 341). Já Sue ARROWSMITH menciona os benefícios da centralização decisória relacionada à função derivada, destacando a maior transparência e segurança jurídica: “*Central responsibility for making, collating and publicising decisions under horizontal programmes can help to promote transparency, consistency and effective enforcement; can ensure adequate safeguards for contractors, by focusing resources and expertise in one place; and can help avoid the delays to procurements that may occur when decisions are made ad hoc. This is especially important for complex decisions such as how non-compliance by one company should affect associated companies.*” (ARROWSMITH, Sue. Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy. **Journal of Public Procurement**, Volume 10, Issue 2, 2010, p. 160).

⁴²⁴ Ressalto que a conclusão de necessidade de lei com algum detalhamento refere-se exclusivamente ao objeto da tese, isto é, à previsão da função derivada, tendo em vista suas características. Assim, não excluo a possibilidade de ampla discricionariedade e espaço de inovação, pelo gestor público, em relação a outras questões das contratações públicas.

Tem-se, daí, a questão sobre qual o grau ideal de legalidade da função derivada, isto é, qual o detalhamento da regra a ser prevista pelo legislador. Por um lado, a previsão em lei tende a aumentar a segurança e estabilidade jurídicas. Por outro, engessa sua aplicação no caso concreto, diminuindo o espaço do regulamento e impossibilitando adaptações que venham a ser necessárias para a customização de seu uso de acordo com as necessidades envolvidas e o contexto fático da contratação.

Não desconheço os riscos de engessamento e ineficiências que o detalhamento legal excessivo pode trazer para as contratações públicas.⁴²⁵ Sugiro, por isso, deixar espaço para algum grau de discricionariedade do ente contratante, para que ele pondere quanto à adequação da função derivada e seus benefícios caso a caso, considerando-se a realidade do órgão contratante, o objeto contratual e o mercado em específico.

Nesse sentido, entendo igualmente ser mais adequado que a *lei autorize – e não obrigue – a função derivada*. A escolha pelo uso efetivo da função derivada deve ser, preferencialmente, tomada pelo órgão contratante, tendo em vista a realidade institucional e federativa, bem como as características do objeto e do mercado específico de cada contratação.

De qualquer forma, diante das dificuldades analisadas por este trabalho na aplicação das preferências da Lei Complementar nº 123/2006 (em que se discutiu a aplicabilidade das preferências que a lei traz como obrigatórias, quando não estão previstas no edital de licitação, conforme visto item 3.7.3.2), é importante a clareza da lei quanto à facultatividade ou obrigatoriedade da aplicação da regra. Ademais, ainda que a lei traga claramente a regra como de aplicação obrigatória, é relevante que o edital de licitação

⁴²⁵ Steven KELMAN aponta que a regulação das contratações públicas, por receio de corrupção e privilégios, acabou restringindo demais as opções dos agentes públicos, retirando-lhes a discricionariedade. Nesse sentido, enquanto muitos dizem que o sistema de contratações não é capaz de capturar o melhor do mercado privado, KELMAN entende que isso decorre justamente da ausência de discricionariedade: “*I, too, believe that government often fails to get the most it can from its vendors. In contrast to the conventional view, however, I believe that the system of competition as it is typically envisioned and the controls against favoritism and corruption as they typically occur are more often the source of the problem than the solution to it. The problem with the current system is that public officials cannot use common sense and judgement in ways that would promote better vendor performance. I believe that the system should be significantly deregulated to allow public officials greater discretion. I believe that the ability to exercise discretion would allow government to gain greater value from procurement.*” (KELMAN, Steven. **Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance**. Washington, D.C.: AEI Press, 1990, p. 1).

expressamente a preveja, tanto para detalhar o procedimento, como para evitar qualquer tipo de discussão quanto à aplicabilidade ou não da regra à contratação específica. Isso porque, ainda que haja clareza da lei quanto à obrigatoriedade da aplicação da hipótese de preferência, pode haver dúvidas de como ela será operacionalizada no caso concreto durante a contratação, sendo que os procedimentos adotados pelo ente contratante podem vir a ser posteriormente questionados e até mesmo revogados por órgãos de controle.

Note-se que há *técnicas que criam tensões em maior ou menor intensidade*, conforme visto nos itens anteriores. Quanto menor o grau de normatividade da regra legal de função derivada, menor a amplitude de técnicas para sua operacionalização, sendo necessária a adoção daquelas que trazem menor restrição. É que o uso de determinadas técnicas de função derivada sem previsão legal poderá ser juridicamente questionável, diante de seu alto potencial de conflito com outros valores a serem perseguidos pela contratação pública. Nesse sentido, a implementação da função derivada mediante facilidades na habilitação de licitantes ou preferências na escolha da melhor proposta sem expressa previsão legal tende a ser mais questionável do que a redefinição do objeto a ser contratado ou a imposição de obrigação durante a execução contratual.

Caso, portanto, seja admitido o uso da função derivada sem expressa previsão legal (ou, ainda, sem expressa previsão quanto às técnicas para sua operacionalização), devem-se priorizar técnicas que geram menor conflito com outros valores das contratações públicas. Será preferível, por exemplo, que a função derivada seja inserida na contratação no âmbito da definição do objeto (que gera menor potencial de exclusão e, com isso, menor tensão com isonomia, competição e menor preço), em vez de ser inserida como facilitação dos requisitos de habilitação ou preferência no preço ofertado. Restrições ou ônus mais intensos no âmbito do processo de seleção (como o critério para a participação ou seleção da melhor proposta), ou mesmo na delimitação do objeto, tendem a ensejar maiores discussões sobre sua viabilidade jurídica, diante das restrições à competição e infração à isonomia, por um lado, e a ausência de previsão legal expressa, do outro. Talvez por isso, cogita-se que a função derivada sem expressa previsão legal esteja sendo prioritariamente incorporada por meio de obrigações contratuais adicionais a serem cumpridas pelo contratado (conforme analisado no item 3.6).

Além da necessidade de autorização legislativa expressa para o uso da função derivada, com certo grau de detalhamento, entendo ainda ser importante manter alguma *centralização na regulamentação de seu uso, considerando tanto o âmbito institucional, como o federativo*. Busca-se, com isso, patamar mínimo de uniformização da regulamentação para aplicação das regras de função derivada em âmbito nacional, de modo a conferir segurança jurídica e clareza ao setor produtivo.

Assim, em determinada esfera federativa – a União, por exemplo –, seria importante haver alguma regulamentação, aplicável a toda a Administração Federal (mediante edição de decreto, por exemplo), quanto ao uso de técnica de função derivada, bem como no âmbito de cada entidade federal (por exemplo, no âmbito de cada Ministério, para que haja uniformização quanto a como cada autoridade contratante pode utilizar a referida regra de função derivada). Exemplos nesse sentido são, respectivamente, os decretos que regulam o uso das margens de preferência para determinados produtos e serviços, e a Portaria Normativa nº 764/2002, do Ministério da Defesa, que trouxe regulamentação mínima para prática de suas medidas de compensação (conforme item 3.7.2). Destaque-se, ainda exemplificativamente, a importância, no âmbito federal, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para estabelecer procedimentos centralizados referentes às compras públicas.⁴²⁶

A margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3º, §§ 5º a 10, Lei nº 8.666/1993) também é caso interessante (mas, certamente, não o único) de divisão de competências entre Legislativo e Executivo, bem como de centralização da função

⁴²⁶ Juliana PALMA destaca a relevância desse órgão na construção da política de compras públicas sustentáveis, diante de sua competência normativa uniformizadora para toda a administração federal: “*Esta centralização tanto se explica em termos jurídicos, devido à competência normativa em matéria de licitação sustentável que o órgão [SLTI] detém, quanto em termos de gestão pública: sem a uniformidade dos critérios de sustentabilidade, a almejada segurança jurídica, considerada imprescindível pelos gestores para adotarem práticas sustentáveis em matéria de licitação, se frustraria. Outro comportamento dos gestores corresponde à atavias frente ao excesso de discricionariedade, em grande medida por receio dos controladores. Diante da pluralidade de soluções jurídicas, o controle das contratações públicas sustentáveis se torna ainda mais difícil, potencializando casos de corrupção, além de possivelmente ensejar o aumento do custo de transação, devido à pluralidade de soluções jurídicas em uma mesma esfera de governo.*” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações Públicas Sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 108).

derivada. O legislador conferiu ao chefe do Poder Executivo a decisão quanto à aplicação ou não da margem de preferência – desde que haja o cumprimento de determinados requisitos trazidos na lei, como a realização de estudos econômicos. Assim, o legislador autorizou o uso da função derivada, mas conferiu ao Executivo a decisão sobre quando e qual percentagem deve ser utilizada. Caso o chefe do Executivo decida utilizar a margem de preferência (com a edição de um decreto especificando sua aplicação para determinado produto ou serviço), deixa de haver discricionariedade para a autoridade contratante. Esse desenho preserva alguma discricionariedade para o gestor público, porém de forma bastante centralizada no chefe do Poder Executivo.

Pelo aspecto federativo, embora exista lastro de competência para Estados e Municípios legislar sobre a função derivada (conforme item 5.4.1), também entendo que a previsão (com algum detalhamento) de regras de função derivada deve ser preferencialmente deixada para o exercício pela União, de modo a trazer maior transparência, uniformidade e segurança jurídica, tendo em vista seu possível impacto para o processo produtivo das empresas.⁴²⁷

O *tipo de lei* em que a regra de função derivada estará prevista – lei geral de contratação ou lei setorial –, em contraposição ao grau de abrangência da regra – se geral para qualquer objeto, ou se específica para determinado tipo de objeto – também é relevante para conferir maior clareza e simplicidade ao sistema de contratações públicas, tanto para os entes contratantes, como para o setor produtivo.

Haverá maior clareza para os atores se *o tipo de lei em que a regra da função derivada está prevista for compatível com sua abrangência*. Conforme apontado no item 4.1.3, inserir regras gerais em leis setoriais – e vice-versa – tende a aumentar a complexidade do sistema de contratações.

⁴²⁷ Vera MONTEIRO, abordando as licitações na modalidade de pregão, reconhece a competência dos Estados e Municípios para legislar sobre licitações mas, diante da maior transparência e uniformidade, também traz por recomendação que essa legislação seja preferencialmente deixada para a União: “*Acreditamos que, em matéria de licitação, é prudente que Estados, Distrito Federal e Municípios não legislem, não obstante possam. Esta medida é importante, porque garante o conhecimento irrestrito das regras licitatórias e, conseqüentemente, a ampla participação nos certames. A atividade legislativa suplementar das entidades federativas deve restringir-se à adequação das normas gerais às regras locais de competência administrativa.*” (MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70).

É mais adequado, assim, que (i) as regras de incidência geral quanto ao seu objeto necessariamente estejam contidas em leis gerais de contratações, enquanto (ii) as regras de incidência específica estejam preferencialmente previstas em leis setoriais. Digo “necessariamente” no primeiro caso porque entendo que a previsão de regra de função derivada de incidência geral em lei setorial traz grave prejuízo à clareza e concatenamento do sistema de contratações, bem como ao conhecimento de suas regras. Já no caso da previsão de regra de função derivada com incidência específica em lei geral, não há prejuízo à transparência das regras, podendo-se gerar, contudo, alguma complexificação da sistematização do sistema de contratações.

Outro ponto relevante relaciona-se à *incidência territorial dos efeitos da função derivada*. Tendo em vista as questões geradas com eventuais efeitos extraterritoriais da função derivada, conforme item 5.4.2, deve-se procurar a *equivalência entre jurisdição do ente que prevê e utiliza a função derivada, e o território de seus impactos*. Uma vez que as regras de função derivada podem impactar o processo produtivo de empresas que atuam nacional e internacionalmente, isso será particularmente relevante no caso de regulamentação da função derivada por Estados e Municípios (cujos impactos podem extravasar a jurisdição do respectivo ente federativo), bem como na regulamentação da função derivada pela União (que pode impactar a atuação de empresas inclusive em âmbito internacional).

Com vistas a ampliar a *legitimidade da função derivada*, é importante ainda que sua institucionalização seja acompanhada de mecanismos que viabilizem a participação de atores na sua implementação (previamente, na forma de consultas, ou durante o processo de contratação em específico) e o acompanhamento de seus resultados com ampla transparência. Relembre-se que a função derivada implica uma decisão de alocação e uso de recursos públicos escassos. Nesse sentido, tanto a decisão pela sua utilização, como sua concretização, devem decorrer de forma transparente e com participação popular.

A margem de preferência de produtos e serviços nacionais é, novamente, exemplo interessante na teoria, mas frustrado na prática: conforme a sistemática prevista pela lei, seria possível acompanhar a decisão quanto ao uso (e a avaliação de seus resultados) dessa hipótese de função derivada a partir de estudos econômicos, prévios e posteriores – estudos

que, no entanto, não foram oficialmente publicados. Seria possível, ainda, prever a disponibilização de medidas administrativas no processo de contratação, como forma de assegurar a adequada aplicação da função derivada em determinada contratação, bem como a possibilidade de manifestação de eventuais prejudicados.

6.2.2. Novos contornos na delimitação da “proposta mais vantajosa”: custo, qualidade e fins derivados

Na medida em que prevê novas restrições ou preferências (não originais à contratação), a função derivada pode ensejar a escolha de proposta mais onerosa ou com menor qualidade. Em razão da função derivada, a “proposta mais vantajosa” passa a não ser mais necessariamente aquela que terá a melhor relação entre custo e benefício (conforme especificado na contratação) para a execução do objeto primário do contrato.

Conforme visto no item 5.2, a característica adicionada pela função derivada pode interferir nessa relação original, ensejando que a melhor proposta possa ser aquela que cumpra esse requisito adicional, ainda que apresente um preço maior ou uma qualidade menor em relação a outras ofertas que não cumpram tal exigência. A função derivada, assim, reconfigura a proposta mais vantajosa, redesenhando os termos do que seria mais adequado para a execução contratual, em comparação ao cenário de função primária.

Em relação ao *custo*, no item 5.2 foram cotejados diversos fatores que podem impactar o custo da contratação, decorrentes da adicionalidade em si trazida pela função derivada, da redução de competição, ou ainda da maior complexidade da transação e sua fiscalização.

É possível ampliar o que se entende como custo e benefício da contratação, tanto sob uma perspectiva estritamente econômica, como na metodologia do ciclo total do produto. Além disso, o custo adicional decorre, ainda que em parte, da agregação de diferentes fins públicos na mesma ação governamental. Nesse sentido, é importante considerar que parte do custo adicional eventualmente gerado pela função derivada será, de

qualquer forma, suportado pelo Poder Público pelo uso de algum instrumento de ação estatal.⁴²⁸

Mas, ainda assim, a contratação pode ser mais cara com a função derivada, diminuindo sua economicidade, o que é um problema relevante em um cenário de escassez de recursos públicos.

Também no item 4.6 foi abordado como a função derivada pode impactar (inclusive para pior) a *qualidade* da contratação e do objeto a ser contratado, podendo ir de encontro às reações contra a “ditadura do menor preço”, que visam a contratações de melhor qualidade.

Por fim, a função derivada pode trazer consequências para a *eficiência* da contratação, pautada na relação de custos e benefícios a serem gerados, a depender do impacto nas variáveis de preço e qualidade da contratação. É importante que a relação de eficiência da contratação passe a considerar a qualidade adicionada com a função derivada. Ainda assim, ela pode reduzir a relação de custo e qualidade da contratação.

Diante disso, com qual limite a função derivada pode reconfigurar a melhor proposta? Qual seria o “ponto ótimo”, o “*best value*” da função derivada?

Entendo haver três balizas a serem observadas pela legislador e pelo gestor público na reconfiguração da proposta mais vantajosa pela função derivada.

A primeira baliza é que a eficiência da contratação deve preferencialmente permanecer igual (no mínimo) ou aumentar em relação ao cenário de contratação sem função derivada. Os benefícios gerados pela função derivada devem superar seus custos, qualificando-se o gasto público.⁴²⁹ Ou, de forma prática, a função derivada deve

⁴²⁸ Na análise da eficiência da função derivada em relação a outros instrumentos de implementação de fins públicos, seria importante considerar o custo adicional a ser gerado pela função derivada, em contraposição ao custo da implementação da finalidade visada mediante o uso de outros instrumentos.

⁴²⁹ Essa perspectiva de eficiência é trazida por Leila FROSSARD e Leonor CÂMARA, quando analisam o uso da função derivada nas compras públicas: “*Para efetuar as compras, são necessários recursos públicos. Sendo escassos para atenderem inúmeras demandas por serviços da população e para solucionar os problemas sociais existentes no Brasil, a questão da qualidade do gasto passa a ter importância e a utilização dos recursos precisa ser otimizada. No que gastar e como gastar melhor sem aumentar as despesas. Alcançar um objetivo ao menor custo ou obter a máxima quantidade de um possível objetivo por meio de uma dada quantidade de recursos significa, para Wildavsky (apud Bromley; Bustelo, 1992), a eficiência econômica.*” (FROSSARD, Leila Barbieri de Matos; CÂMARA, Leonor Moreira. Poder de

proporcionar uma melhor ou igual contratação em relação à que ocorreria sem sua inclusão. Caso ela diminua a eficiência da contratação – por conta de queda na qualidade ou de elevação do preço que não possam ser compensadas na outra ponta da relação da eficiência –, a função derivada ensejará uma pior contratação pública, em confronto direto com a melhor proposta. Se a eficiência for reduzida no caso concreto, haverá confronto com a busca pela melhor proposta, devendo o fim derivado ser perseguido de outra forma que não a contratação pública.

Assim, pode-se até admitir que a função derivada impacte negativamente o preço ou a qualidade do objeto a ser contratado, desde que traga vantagem suficiente para compensar esse impacto. Nesse caso, a relação de eficiência da contratação permaneceria estável com ou sem função derivada, podendo-se optar pela sua inclusão tendo em vista a agregação de fins à contratação.

Contudo, pondero que há grande dificuldade no dimensionamento e na monetização dos custos e benefícios da função derivada, decorrente tanto da natureza dos fins envolvidos na função derivada, como por ser ela instrumento indireto de ação governamental. Tendo em vista que a função derivada está relacionada a valores sociais e de justiça distributiva, não é simples monetizar ou mesmo quantificar seus benefícios e seus custos.⁴³⁰ Além disso, justamente por ser um mecanismo indireto de efetivação do fim público (promovido por meio da adição do fim derivado na contratação), é difícil identificar o custo adicional gerado pela função derivada.⁴³¹ Mencione-se, ainda, a ausência de dados

compras da administração pública federal: novas perspectivas para o debate acadêmico. **Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD**, Vitória, novembro de 2010, p. 11. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2010/2010_ENAPG393.pdf. Acesso em: 03/02/2016).

⁴³⁰ A monetização é relevante porque permite a equiparação entre os interesses plurais e diversos da sociedade. A grande vantagem da abordagem exclusivamente pela eficiência é que as preferências podem ser monetizadas, concessões podem ser feitas e decisões tomadas de forma ponderada. Ocorre que, na monetização, a formação do valor sempre implicará a concessão de valor a uma preferência. Sobre o tema, ver Daniel MARKOVITS, que aponta que a lógica da eficiência econômica (e, portanto, do custo-benefício) é uma das várias metodologias que podem ser aplicadas no estudo dos contratos: MARKOVITS, Daniel. **Contract Law and Legal Methods**. New York, NY: Foundation Press, Thomson/West, 2012.

⁴³¹ Sobre o tema, Marta MEIRELES aponta: *“Another risk run by procuring agencies is to overlook the hidden costs of this kind of implementation method. Since the secondary policy is implemented in the draft of the specifications, only firms that can comply with the specified condition will present a proposal. Thus it will be difficult to accurately determine the additional cost paid by the inclusion of the policy.”* (MEIRELES, Marta de Castro. **The World Bank Procurement Regulations: a critical analysis of the enforcement**

que poderiam servir de referência para a quantificação dos custos. Diante disso, pode haver óbices na busca pela eficiência da função derivada, sob a perspectiva de custos e de benefícios por ela gerados.

A segunda baliza que entendo ser necessária é a de intensificar os benefícios a serem gerados pela função derivada, isto é, utilizá-la de modo a torná-la mais eficiente, produzindo maior quantidade de benefícios e de resultados positivos possível. Trata-se de maximizar os resultados interna e exclusivamente em relação à função derivada: a partir da decisão de adição de finalidade derivada na contratação pública, entendo que essa inclusão deve ser feita de modo que a maior quantidade de benefícios possa ser alcançada.

Aqui também se destaca que a lógica de maximização dos resultados pode não se compatibilizar com a realização de fins sociais e justiça distributiva. Susan ROSE-ACKERMAN aponta que a análise de custo e benefício pode até ser capaz de dimensionar os benefícios e custos envolvidos em questões complexas, mas essas deverão ser analisadas para além de uma metodologia de maximização de resultados, uma vez que certamente envolverão escolhas de valores (*“value trade-offs”*).⁴³²

Entendo, contudo, que o fato de o fim derivado relacionar-se a um direito social não se contrapõe à sua promoção a partir da lógica da eficiência e da eficácia. A realização de fins sociais, de políticas sociais, não afasta a necessidade de que a implementação dessa política perpassa pela ponderação de custos e benefícios, bem como de eficácia – tanto quanto aos instrumentos a serem utilizados para sua implementação, como durante sua efetiva execução. Assim, uma vez tomada a decisão de alocação de recursos para a implementação do fim público (decisão essa pautada pela racionalidade estritamente política), essa decisão deve ser executada da forma mais eficaz e eficiente possível – até como forma de assegurar a decisão valorativa previamente tomada, bem como viabilizar novas decisões distributivas.

A terceira baliza é que a reconfiguração da proposta mais vantajosa trazida pela função derivada deve considerar o tipo de procedimento de contratações públicas adotado

mechanism and of the application of secondary policies in financed projects. 2006. 378 f. Tese (Doutorado). Universidade de Nottingham, Nottingham (Inglaterra), 2006, p. 180).

⁴³² Nesse sentido: ROSE-ACKERMAN, Susan. The Limits of Cost/Benefit Analysis When Disasters Loom. *Global Policy*, volume 7, p. 56–66, maio/2016.

no Brasil, em que inexistia efetiva negociação entre ente contratante e interessados em contratar. Entendo ser essa característica fundamental para compreender as dificuldades da inserção da função derivada na contratação pública no Brasil.

Em alguns países, as contratações públicas são precedidas de efetivo processo de negociação, em que se discute as necessidades públicas em jogo com o rol de potenciais interessados, para, então, modular o objeto e as obrigações contratuais, bem como as características do futuro contratado.⁴³³ Nesses casos, a inclusão de políticas derivadas pode servir, de fato, para potencializar a eficiência da contratação, extraíndo seu máximo “*value-for-money*”, sendo que os fins derivados são utilizados pelo ente contratante para barganhar com os interessados a oferta de melhores condições (técnicas e econômicas) durante o processo de escolha da melhor proposta.

Além disso, o próprio processo de negociação permite que o ente contratante construa um “*benchmarking*” interno dos custos da contratação (e dos fins derivados), na medida em que aos interessados é facultado apresentar propostas de objetos derivados com diferentes condições técnicas e econômicas, podendo o ente contratante compará-las e negociar até que se determine a apresentação da oferta final.

Por fim, a inclusão de fins derivados no procedimento de contratação negociado permite que o ente contratante analise a viabilidade de satisfação do fim derivado pelo mercado – quer dizer, se o mercado está apto e interessado em contratar, e se é de fato capaz de absorver e cumprir as características derivadas que se pretende adicionar à contratação, e em quais condições.

Ocorre que, no sistema brasileiro de contratações públicas, não há efetiva negociação entre ente contratante e potenciais interessados. O ente contratante deverá definir, já na fase interna da contratação, todas as condições da contratação: o objeto, os requisitos do contratado e as obrigações contratuais. É certo que, mais recentemente, houve a incorporação, no ordenamento jurídico, de mecanismos que permitem a participação de

⁴³³ Trata-se do chamado “*negotiated procedure*”, em contraposição ao “*sealed bidding procedure*”. Nos Estados Unidos da América, esses procedimentos são regulados, respectivamente pelas Partes 15 (“*Part 15 - Contracting By Negotiation*”) e 14 (“*Part 14 - Sealed Bidding*”), do “*Federal Acquisition Regulation*”. Outros exemplos nesse sentido são o “Diálogo Concorrencial” e as “Parcerias para a inovação”, previstos na Diretiva clássica de contratações públicas da União Europeia (Diretiva 2014/24/EU, **Parlamento Europeu e do Conselho**, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, art. 30 e 31, respectivamente).

interessados no processo de contratação, mas limitados à fase de concepção do projeto.⁴³⁴ Após o início da fase externa da contratação, com a publicização da necessidade de se contratar e, nos casos de licitação prévia, com a publicação do edital, não apenas não há mais interação com o setor privado, como especificamente não é possível alterar o objeto ou as condições contratuais previstas (exceto se houver a republicação do edital).

Nesse tipo de procedimento, a inserção de políticas derivadas tende a causar impacto negativo na eficiência da contratação, uma vez que não há interação negociada com os atores privados (que a executarão) em relação aos seus termos. Perde-se o poder de barganha que poderia estar relacionado à função derivada, e ela tende a se tornar apenas mais uma obrigação a ser monetizada pelos interessados e repassada no preço da proposta ofertada. Além disso, o ente contratante enfrenta maior óbice em identificar de antemão a possibilidade de o mercado cumprir a função derivada.

As medidas de compensação negociadas na área de defesa, conforme visto no item 3.7.2, exemplificam bem o argumento das dificuldades geradas pelo procedimento brasileiro. Nesses casos, as contratações em defesa são feitas de forma direta, em razão de dispensa ou inexigibilidade de licitação, com maior flexibilidade na contratação, permitindo justamente a negociação mais efetiva das condições de contratação – incluídas, aí, as medidas de compensação a serem acordadas. Nesses casos, pode-se utilizar a colocação das medidas de compensação – um tipo de função derivada – como um instrumento de barganha para a busca da melhor contratação para o ente contratante – possibilidade que não se replica nas hipóteses de contratação com prévia licitação, considerando-se as regras aplicáveis.

Não estou, aqui, emitindo juízo de valor em relação a um ou outro procedimento – o que extrapolaria o objeto desta tese –, mas sim apontando que essas diferenças no procedimento de contratação são relevantes quando se trata de avaliar a utilização da função derivada e a inclusão de políticas secundárias nas contratações públicas. Mais precisamente, entendo que o procedimento brasileiro dificulta a maximização da eficiência

⁴³⁴ Refiro-me aos seguintes instrumentos: (i) *audiência pública* prevista na Lei nº 8.666/1993 (art. 39); (ii) *consulta pública* prevista na Lei nº 11.079/2004 (art. 10, VI); (iii) possibilidade de *apresentação de estudos por privados interessados*, conforme previsto na Lei nº 8.987/1995 (art. 21) e, mais recentemente, (iv) *mecanismos de estruturação de projetos* previstos na Lei nº 13.334/2016 (art. 12).

da função derivada, o que aumenta a potencialidade de ela reduzir a eficiência da contratação pública.

6.2.3. Técnicas e conteúdo da função derivada

A *técnica* e o *conteúdo* da função derivada importam na maior ou menor intensidade dos conflitos gerados, na medida em que podem gerar maior restrição – e, portanto, impactar mais intensamente a isonomia e a competição – ou impactar mais significativamente o custo ou a qualidade do objeto a ser contratado – com possíveis consequências para a eficiência e economicidade da contratação. Além da combinação do tipo da técnica e de seu conteúdo, há influência das *características do mercado e do objeto da contratação*, que igualmente podem impactar no grau de restrição ensejado pela regra de função derivada.

Dessa forma, é importante incentivar a proposição de regras que restrinjam menos a competição, e permitam que todos se adaptem e participem do mercado de compras estatais. Seria, por exemplo, a técnica da função derivada nas definições do objeto, uma vez que todos do mercado podem promover a mudança visada pela regra de incentivo para participar da contratação.

Não se deve perder de vista que a intensidade dos conflitos gerados pela regra de função derivada varia não apenas em função da técnica adotada, mas também do seu próprio conteúdo, bem como em razão de fatores do mercado. Ainda assim, pode-se ordenar as *técnicas* conforme sua maior restritividade, começando com a contratação exclusiva e dispensa de licitação (uma vez que afastam a competição), a preferência na seleção da proposta, a facilitação na habilitação, e, por fim, a técnica de definição do objeto e colocação da obrigação contratual. A conflituosidade gerada pela preferência genérica, por sua vez, dependerá de como ela será efetivamente operacionalizada.

Já em relação ao *momento*, conforme visto no item 4.1.3, quanto mais adiantado no processo de contratação a função derivada for inserida, menor tende a ser seu caráter restritivo em relação aos demais interessados pela contratação (isto é, para aqueles não

beneficiados pela função derivada) e, portanto, menor seu conflito para os demais valores da contratação.

Além disso, há diferença no grau de conflito, ao menos no plano abstrato, entre conceder uma proteção (preferência positiva) e trazer uma restrição ou vedação. Nesse último caso, há forte embate com isonomia e competição, o que enseja ônus em sua fundamentação maior do que no caso de preferência positiva.

Ainda assim, para diminuir o conflito com a isonomia, as regras devem ser menos personalísticas e mais voltadas para atividades – o que não significa que não possam ser específicas para determinado nicho ou setor.

O *conteúdo* é igualmente relevante para determinar o grau de conflito com isonomia, competição e eficiência. A mesma técnica pode gerar impactos diferentes, a depender de seu efetivo conteúdo.

Tomemos, por exemplo, a técnica de preferência no julgamento da proposta: a mesma característica pode ser incluída como fator técnico a ser pontuado no julgamento da proposta técnica, ou como preferência no preço ofertado. Nesse último caso, ainda, o percentual de preferência também é relevante: 5%, 10% ou 25% são números que impactam de forma bastante diferente os valores da isonomia, da competição e da eficiência.

Também deve ser considerado o impacto que a técnica e o conteúdo da função derivada trazem para *custo e qualidade* do objeto da contratação, conflitando com sua eficiência e economicidade.

Conforme abordei no item anterior (item 6.2.2), entendo que a técnica e o conteúdo escolhidos não podem impactar a função primária de modo a frustrar a satisfação do objeto primário.

Além disso, deve-se privilegiar técnicas e conteúdo que menos impactem negativamente o custo e qualidade da contratação. Nesse sentido, o levantamento de regras de função derivada mostra ser possível conferir preferências sem, necessariamente, gastar mais (ou contratar pior), como na hipótese da preferência para micro e pequenas empresas em caso de empate fictício (conforme visto no item 3.7.3). A preferência, aqui, consiste na

concessão da oportunidade excepcional para que o grupo privilegiado apresente nova proposta, capaz de cobrir a melhor proposta apresentada. Nesse caso, há alguma tensão com isonomia, na medida em que se cria uma diferenciação entre os interessados em contratar com o Estado. No entanto, não há tensão com a eficiência da contratação (e nem com seu custo): a preferência é apenas nova chance para o grupo beneficiado oferecer uma proposta mais vantajosa para o ente contratante. A preferência, aqui, não reconfigura a proposta mais vantajosa, que continua sendo considerada como o valor mais baixo ofertado. De fato, a preferência acirra a concorrência, na medida em que prevê nova etapa de reapresentação de propostas, e com isso intensifica o valor da maior economicidade da contratação. Ainda assim, ela parece trazer complexificação e grande litigiosidade no âmbito da contratação, tendendo a aumentar seus custos procedimentais.

Outro aspecto relevante diz respeito à transitoriedade ou à permanência da regra de função derivada. A norma de preferência justifica-se até o momento em que a desigualdade material permanecer. A etapa de avaliação de políticas públicas serve justamente para verificar não apenas o sucesso da medida, mas a permanência de sua necessidade (e consequente justificativa). No entanto, deve-se ter em vista a dificuldade política na discussão quanto à posterior retirada de preferências – o que ocorre em menor intensidade quando se trata de posterior revogação de restrições ou ônus adicionais.⁴³⁵

Por fim, na modulação da técnica e conteúdo da função derivada, e considerando-se que o seu objetivo é induzir o mercado, deve-se ter em vista ainda dois pontos.

Primeiramente, a necessidade de avaliação do mercado em que a função derivada será incluída. A função derivada adota o poder de compra como instrumento indutor de criação de mercados, mas estes não são criados a curto prazo. Uma vez que se busca incentivar determinada produção, por meio do consumo estatal, é preciso analisar a real possibilidade de o mercado suprir um objeto com aquelas características cogitadas, sob pena de colocar em risco a eficácia da contratação. O incentivo da produção dá-se por meio da garantia de mercado – mas, por outro lado, o incentivo do mercado deve ter resposta do

⁴³⁵ Compare-se, nesse sentido, a discussão sobre a tributação *versus* a concessão de subsídios para fomentar determinada atividade ou setor. Costuma-se apontar como uma das vantagens da tributação a possibilidade de sua posterior retirada com menor objeção política, diferentemente do que ocorre com a concessão de subsídios, cuja posterior revogação tende a enfrentar bastante oposição, especialmente dos grupos beneficiados por eles.

setor produtivo. Deve-se, portanto, equilibrar a indução, e a compatibilidade e adequação do mercado. Essa tarefa, contudo, é complicada, tendo em vista que um dos objetivos da função derivada é, justamente, fomentar um mercado inexistente ou pouco significativo.

A necessidade de análise do mercado é uma das recomendações trazidas pelo relatório da Secretaria de Assuntos Legislativos em relação às compras sustentáveis, que ressalta que, ainda que se adote o poder de compra como indutor de criação de mercados, estes não são criados a curto prazo.⁴³⁶ O relatório chama a atenção, ainda, para a importância de que os critérios resguardec alguma compatibilidade com o mercado privado, sob pena de sua fragmentação entre um mercado de compras públicas e outro de compras privadas.⁴³⁷

Além disso, deve-se modular a regra de função derivada na forma de incentivo para a adoção de uma conduta a ser aproveitada em todos os fornecimentos do setor produtivo, de modo a efetivamente capacitar a empresa para a concorrência geral, não apenas para o mercado de contratações públicas – sob risco, novamente, de fragmentação do mercado, bem como de dependência empresarial do setor público. A técnica utilizada deve permitir que o grupo ou a atividade protegida efetivamente se desenvolva, não fique dependente da preferência, e seja incluída no mercado como um todo – e não só no mercado de compras públicas.

⁴³⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis**. Série Pensando o Direito, nº 49, v. 2, 2013, p. 246.

⁴³⁷ “Os impactos negativos sobre a competitividade das empresas são uma decorrência da necessidade de adaptação aos critérios de sustentabilidade estabelecidos pela Administração. Se os critérios adotados diferirem significativamente das práticas do mercado privado, pode ocorrer uma segmentação do mercado de determinados bens em dois setores, um direcionado às compras públicas e outro ao mercado em geral. O efeito seria, assim, o inverso ao pretendido: ao invés de liderar uma mudança no mercado, a política de CPS geraria apenas sua fragmentação. Este efeito causaria impacto significativo sobre a competitividade das empresas, que perderiam ganhos gerados por escala. Haveria, portanto, uma redução na eficiência da produção das empresas.” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis**. Série Pensando o Direito, nº 49, v. 2, 2013, p. 234).

6.2.4. Processualização e motivação da função derivada

Destaca-se a relevância da processualização da elaboração e da previsão da regra de função derivada como meio de racionalizar a atividade legislativa e administrativa, desvelar a motivação (trazendo maior transparência) e incentivar a decisão a partir de subsídios adequados (gerando maior eficiência e eficácia). É a instrução processual que aclara a relação entre a ação governamental – no caso, a regra de função derivada – e a política pública que a enseja.

Veja-se que a atividade regulatória é essencialmente prospectiva (não responsiva), demandando estabilidade e segurança jurídica⁴³⁸ – valores particularmente relevante na função derivada, em que se visa justamente a impactar o setor produtivo, o qual, por sua vez, precisa de estabilidade para adaptação.

Ainda, é importante notar que, considerando o cenário de potenciais tensões geradas pela função derivada e de escolhas (“*trade-offs*”) a serem feitas, tem-se a relevância de procedimento de tomada de decisão adequado, que permita que as escolhas sejam feitas em termos democráticos, a partir da ponderação dos valores buscados naquela situação.

Nesse sentido, é necessário ter clareza quanto à razão de uso da função derivada, à técnica utilizada e ao conteúdo previsto, sendo que a processualidade da decisão estatal facilita o alcance dessa percepção.

Note-se que a decisão de ação governamental por meio da contratação não é suficiente para justificar, por si só, o uso da função derivada. Quer dizer, a ponderação de que contratar é o melhor instrumento de ação estatal não implica, automaticamente, a vantajosidade da função derivada – a qual deve ser especificamente ponderada em decisão autônoma.

Para isso, deve-se instruir adequadamente o processo de contratação, com a identificação dos objetivos, diagnóstico da situação, motivação quanto à alternativa

⁴³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV - Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 635.

escolhida e posterior avaliação dos resultados.⁴³⁹ O processo deverá demonstrar as vantagens (ainda que não pecuniárias) da promoção do fim por meio da derivação da contratação pública, trazendo informações que permitirão o bom diagnóstico e o cotejamento entre as alternativas, para se alcançar uma decisão informada.

É importante que o diagnóstico considere a adequação da função derivada diante de características do mercado e do objeto a ser contratado, identificando se o setor produtivo está apto a cumprir os requisitos trazidos pela função derivada, e qual será o seu impacto sobre a concorrência, qualidade e preço.

Além disso, a regra de função derivada deverá, primeiramente, identificar os objetivos a serem perseguidos, permitindo definir como eles serão mais adequadamente medidos e avaliados.⁴⁴⁰ Deve-se apontar – até mesmo para melhor definir a técnica – se o objetivo da função derivada é conceder exclusividade ou apenas facilitação no acesso do mercado de compras públicas, o que se espera alcançar com isso, e quais os critérios aptos para identificar o sucesso no alcance desses fins. Se o objetivo é a promoção de micro e pequenas por meio das contratações públicas, como isso será medido: com o aumento da

⁴³⁹ Juliana PALMA, falando sobre a processualização e motivação no âmbito das escolhas de políticas públicas, assim identifica as etapas do processo decisório: “*No caso do processo administrativo de construção de políticas públicas, a motivação é notadamente qualificada na medida em que os elementos de política pública são considerados na fundamentação. Primeiramente, coloca-se a necessidade de analisar as diferentes alternativas colocadas à disposição da Administração Pública para efetivar as políticas públicas. Em outros termos, na formulação de políticas públicas coloca-se a obrigação de o Poder Público proceder à avaliação de impacto regulatório. É preciso ter um mínimo de previsibilidade sobre a efetividade da política tendo em vista os custos (lembrando que os recursos públicos são escassos e a escolha por uma política pública determina na subtração de recursos para outras atividades prestacionais públicas).*” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 194).

⁴⁴⁰ Jerry MASHAW destaca a importância de separar os fins do programa e o sistema de *accountability*: uma vez definidos os fins do programa, é mais fácil fazer o desenho institucional do sistema para seu acompanhamento e fiscalização. Nesse sentido: “*Beliefs about how decisions should best be made, and how they should be made accountable, are thus parasitic on beliefs about the true purposes of the program. And, because that is true, many disputes about programmatic purpose are articulated as disputes about the efficacy of accountability regimes. At least some clarity can be brought to these disputes by sorting questions of public purpose and questions of accountability into separate bins. It matters to know whether disputes are about what a public program should be doing or about whether it is appropriately accountable. And if we can achieve consensus on the question of purpose, we can surely have a more sensible discussion about which accountability mechanisms are likely to support those purposes.*” (MASHAW, Jerry Louis. *Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance*. In: DOWDLE, Michael (ed.). **Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences**. Cambridge University Press, 2006, p. 155).

participação dessas empresas em licitações ou com o aumento de empresas efetivamente contratadas pelo Poder Público? A elucidação dos objetivos facilita sua avaliação; esta, por sua vez, deverá ensejar a continuidade, revisão ou mesmo revogação da medida, a depender dos resultados alcançados.

Aqui, menciono, novamente, o exemplo da margem de preferência para produtos e serviços nacionais: ao mesmo tempo em que o legislador trouxe hipótese bastante ampla e transversal de função derivada das contratações administrativas – preferências nas contratações de qualquer bem ou serviço pelo ente público –, ele também condicionou a adoção dessas preferências à realização de estudos que delimitem os benefícios esperados com essa medida. São, a meu ver, critérios interessantes, que buscam, em alguma medida, harmonizar objetivos diversos: desde o custo adicional gerado pela margem preferência (com o claro reconhecimento, portanto, de que há custos adicionais, e que eles, embora não impeçam por si só a aplicação da margem de preferência, devem ser considerados na sua definição), até os benefícios sociais a serem criados (por exemplo, geração de empregos e inovação tecnológica no país). Há, portanto, preocupação com os resultados da margem de preferência – resultados que serão posteriormente medidos (com a realização dos estudos econômicos retrospectivos, também determinados pelo legislador), levando-se em conta não somente um critério de eficiência econômica, mas também de benefícios sociais.

6.2.5. Monitoramento e avaliação da função derivada

A adoção da função derivada demanda, ainda, a criação de mecanismos que permitam, ao longo de todo o processo de contratação, o acompanhamento de sua implementação, com três objetivos diversos, porém relacionados.

Primeiramente, deve-se assegurar, ao longo de toda a contratação, o *cumprimento da finalidade derivada* objetivada pela função derivada. A função derivada envolve gasto de recursos públicos, devendo-se assegurar que ela efetivamente está sendo cumprida, sob pena de desperdício desses recursos. Além disso, os interessados na contratação comprometem-se com os ônus da função derivada e são, ao menos em parte, escolhidos por conta disso, sendo que seu descumprimento por eles resultaria na infração à isonomia e à competição.

Nessa toada, deve-se criar, no procedimento de contratação, mecanismos para aferir o cumprimento da função derivada. Esses mecanismos devem ser desenhados conforme a técnica adotada, e tendo em vista especialmente o momento de sua operacionalização e os resultados visados (se facilitação ou exclusividade de acesso às contratações, ou ainda execução de determinada obrigação, conforme visto no item 4.1.2).

O desenho da governança contratual deve ser pautado nessa preocupação e ser compatível com as particularidades da função derivada adotada, inclusive com a necessidade de estruturação e treinamento da entidade contratante. Devem ser previstos mecanismos para atestar o cumprimento da regra de função derivada pelo interessado, cuidado a ser observado *(i)* nos documentos da licitação e pela comissão de licitação (no caso de licitação) e autoridade contratante (no caso de contratação direta), se a função derivada é operacionalizada até a celebração do contrato, e *(ii)* no contrato, principalmente com regras específicas de fiscalização (inclusive com a criação de comissão técnica, nos casos mais complexos), no caso de função derivada for operacionalizada após a celebração do contrato. Deve-se prever, ademais, sanções pelo descumprimento dessas regras, notadamente no caso de obrigações assumidas pelo contratado, seja no processo de seleção (no âmbito de sua proposta ofertada), seja no âmbito contratual (com cláusulas de função derivada). Todas essas providências deverão, ainda, ser consideradas na decisão da adoção da função derivada pelo ente contratante.

Segundo, e pelos motivos acima mencionados, devem ser previstos *mecanismos que evitem fraudes e corrupção* em relação ao enquadramento e cumprimento das regras de função derivada pelos atores envolvidos na contratação. No caso de regras de função derivada que impliquem a concessão de preferências ou benefícios, eventuais interessados não originalmente enquadrados nestas regras podem forjar o seu cumprimento, de modo a, artificialmente, darem a aparência de fazerem jus ao benefício. Já para as regras de função derivada que impliquem o cumprimento de obrigações, os interessados podem alterar ou fabricar resultados, de modo a inadequadamente falsear a atestação de seu cumprimento. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, é recorrente a menção a casos de empresas que usam “laranjas” para criar pessoas jurídicas que se enquadrem nas regras de preferências para grupos hipossuficientes – como pequenas empresas, ou empresas detidas

por mulheres ou grupos minoritários.⁴⁴¹ No Brasil, essa também é uma preocupação em relação às preferências trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006: empresas maiores criam subsidiárias inadequadamente caracterizadas como micro ou pequena empresa, forjando essa condição apenas para darem a aparência de fazerem jus às preferências nas contratações públicas. Nesse sentido, por exemplo, a Lei busca evitar esse tipo de manobra, ao excluir da definição de micro e pequena empresa aquelas que, por exemplo, tenham outras empresas como acionistas (conforme art. 3º, § 4º⁴⁴²).

Terceiro, e por fim, o acompanhamento da implementação da função derivada ao longo da contratação dará os subsídios necessários para a *avaliação dos resultados* do instrumento escolhido para a realização do fim em específico e, no médio e longo prazos, para a avaliação da eficácia da função derivada das contratações públicas como instrumento de políticas públicas.

⁴⁴¹ Para uma crítica sobre a implementação do programa por conta das diversas fraudes a ele associadas, ver: CULLEN, Alicia M. The Small Business Set-Aside Program: Where Achievement Means Consistently Failing to Meet Small Business Contracting Goals. **Public Contract Law Journal**, nº 41, nº 3, p. 703–720, 2012.

⁴⁴² Lei Complementar nº 123/2006: “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 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.”.

REFERÊNCIAS

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALEM, Gabriela et al. **Compras Sustentáveis & Grandes Eventos: a Avaliação do Ciclo de Vida como Ferramenta para Decisões de Consumo**. Programa Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, 2015. Disponível em: http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/02_produto2_21_mapeamentonormas_final_2015.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

ANDERSON, Elizabeth. **Value in Ethics and Economics**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1993.

ANSALONI, Felipe. A regulamentação do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte na compras do Governo do Estado de Minas Gerais: uma alternativa de interpretação e aplicação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, nº 86, fev. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56728>. Acesso em: 26/10/2015.

ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Taxas de meio ambiente: instrumentos para programação de políticas públicas. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU**, Belo Horizonte, ano 7, nº 42, nov./dez. 2008.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy. **Journal of Public Procurement**, Volume 10, Issue 2, p. 149-186, 2010.

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. **Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. Sobre El Concepto de Fomento. **Revista de Administración Pública**, nº 54, p. 43-85, set./dez. 1967, p. 55. Disponível em: www.cepc.es. Acesso em: 02/08/2016.

BATISTA, M. A. C; MALDONADO, J.M.S.V. O papel do comprador no processo de compras em instituições públicas de ciência e tecnologia em saúde (C&T/S). **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, nº 42, p. 681-699, jul./ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n4/a03v42n4.pdf>. Acesso em 15/02/2016.

BEAN, Jonathan J. **Beyond the Broker State: Federal Policies Toward Small Business, 1936-1961**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1996.

BETIOL, Luciana Stocco; UEHARA, Thiago Hector Kanashiro; LALOË, Florence Karine; APPUGLIESE, Gabriela Alem; ADEODATO, Sérgio; RAMOS, Lígia; MONZONI NETO, Mario Prestes. **Compra Sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva**. Programa Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, 2012. Disponível em: https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos_gvces/arquivos/130/CompraSust_web_dupla.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

BLINDER, Alan. Is Government too political?. **Foreign Affairs**, vol. 76, nº 6, p. 115-126, 1997.

BOLTON, Phoebe. Government Procurement as a Policy Tool in South Africa. **Journal of Public Procurement**, Volume 6, Issue 3, 193-217, 2006.

BRAGA, André de C. O. P. B.; ROSILHO, André J. Margem de Preferência em Licitações: Hora de repensar o modelo. **Revista Consultor Jurídico – ConJur**, 29/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>. Acesso em: 05/09/2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. **Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis**. Série Pensando o Direito, nº 49, v. 2, p. 175-244, 2013.

BREUS, Thiago Lima. A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, nº 51, p. 219-241, jul./set. 2015.

BREUS, Thiago Lima. A realização de finalidades acessórias, transversais e/ou horizontais na contratação pública contemporânea. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 5, nº 8, p. 173-196, set./fev. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-49.

BURGI, Martin. Secondary Considerations in Public Procurement in Germany. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. **The Law of Green and Social Procurement in Europe**. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 105-142.

COMBA, Mario E. Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: a Comparative Approach. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. **The Law of Green and Social Procurement in Europe**. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 299-319.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem Econômica na Constituição Federal Brasileira de

1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 447-480.

CULLEN, Alicia M. The Small Business Set-Aside Program: Where Achievement Means Consistently Failing to Meet Small Business Contracting Goals. **Public Contract Law Journal**, vol. 41, nº 3, p. 703-720, 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41635351>. Acesso em: 01/02/2016.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de licitações. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, nº 35, p. 143-178, jul./set. 2011.

DAINTITH, Terence. Regulation by Contract: The New Prerogative. **Current Legal Problems**, Londres, v. 32, p. 41-64, 1979.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAVIES, Annie C. L. **The public law of government contracts**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DOBBIN, Frank. **Inventing Equal Opportunity**. Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

FANA, Marta; PIGA, Gustavo. SMEs and public contracts: an EU perspective. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The Applied Law and Economics of Public Procurement**. London; New York: Routledge, 2013, p. 279-298.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. 2010. 285 f. Tese (Doutorado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2010.

FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE**, Salvador, nº 19, ago./set./out. 2009. Disponível

em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 10/06/2012

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Nota Técnica nº 8, nov. 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131101_notatecnicadiest08.pdf. Acesso em: 04/02/2016.

FREITAS, Juarez. Licitações Públicas e o Princípio do Desenvolvimento Sustentável: novo conceito de proposta mais vantajosa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 873-890.

FREITAS, Marina Cardoso de. **As autorizações administrativas no direito brasileiro**. 2016. 258f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FROSSARD, Leila Barbieri de Matos; CÂMARA, Leonor Moreira. **Poder de compras da administração pública federal: novas perspectivas para o debate acadêmico**. Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD, Vitória, nov. 2010. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2010/2010_ENAPG393.pdf. Acesso em: 03/02/2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, nº 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, p. 251-284, mar./ago. 2012.

GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, nº 35, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74724>. Acesso em: 19/01/2016.

HANSON, Derek J. Foreign Food Aid Procurement: Why Domestic Preferencing Requirements Must Be Substantially Reduced to More Effectively and Efficiently Alleviate Global Hunger. **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, nº 1, p. 51–70, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25755751>. Acesso em: 01/02/2016.

HARDEN, Ian. **The Contracting State**. Buckingham, Philadelphia, Pa.: Open University Press, 1992.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Journal of Financial Economics**, Rochester, v. 3, nº 4, p. 305-360, out. 1976. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043. Acesso em: 10/10/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, nº 34, p. 47-72, jul./set. 2011.

KATTEL, Rainer; Lember, VEIKO. Public Procurement as an Industrial Policy Tool: an Option for Developing Countries? **Journal of Public Procurement**, Volume 10, Issue 3, p. 368-404, 2010.

KELMAN, Steven. Contracting. In: SALAMON, Lester M. (coord). **The tools of government: a guide to the new governance**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 282-318.

KELMAN, Steven. **Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance**. Washington, D.C.: AEI Press, 1990.

LINARELLI, John. Case for permitting SME procurement preferences. In: ARROWSMITH Sue; ANDERSON, Robert D. (ed.). **The WTO regime on government procurement: challenge and reform**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011, p. 444-458.

LIPSKY, Michael. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services**. 30th edition. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010.

MAMEDE, Filipe Regne. Compras verdes: o paradigma da sustentabilidade aplicado às licitações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, nº 120, dez. 2011.

MARKOVITS, Daniel. **Contract Law and Legal Methods**. New York, NY: Foundation Press, Thomson/West, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, vol. 8, nº 32, p. 57-71, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>. Acesso em: 14/06/2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. Malheiros: São Paulo, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV - Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 511-716.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Parte III – Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 405-510.

MARTINS, Licínio Lopes. As novas directivas da União Europeia sobre contratação pública e concessões e a reforma das legislação dos estados-membros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 169-193.

MASHAW, Jerry Louis. Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance. In: DOWDLE, Michael (ed.). **Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences**. Cambridge University Press, 2006 p. 115-156. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=924879>. Acesso em 20/01/2016.

MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Marta de Castro. **The World Bank Procurement Regulations: a critical analysis of the enforcement mechanism and of the application of secondary policies in financed projects**. 2006. 378 f. Tese (Doutorado). Universidade de Nottingham, Nottingham (Inglaterra), 2006.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONZONI, Mario; BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana Stocco. **Compras públicas sustentáveis como incentivo à inovação e à produção sustentável**. Anais do IX Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais – SIMPOI 2006 – FGV-EAESP. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15411?show=full>. Acesso em: 15/02/2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitações - LGL e o regime diferenciado de contratação - RDC**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, M. F.; VARGAS, E. R. O papel das compras governamentais na indução de inovações. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 12, nº 12, p. 35-43, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/66>. Acesso em 15/02/2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coords). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, nº 38, p. 9-30, jul./set. 2012.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. **The Environmental Performance of Public Procurement: Issues of Policy Coherence**. Paris: OECD Publishing, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264101562-en>. Acesso em: 15/02/2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Contratações Públicas Sustentáveis. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 80-113.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito administrativo e políticas públicas: o debate atual. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 177-201.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, nº 5, p. 143-165, maio-

agosto/2012. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo.pdf>. Acesso em: 20/05/14.

POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, nº 48, p. 41-54, 1949.

QUENTAL, C.; ABREU, J. C.; BOMTEMPO, J. V.; GADELHA, C.A.G. Medicamentos genéricos no Brasil: impactos das políticas públicas sobre a indústria nacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 619-628, abril 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000700011. Acesso em 15/02/2016.

QUINTANS, Luiz Cezar P. Ensaio crítico sobre a natureza do conteúdo local brasileiro: imperfeições no fomento à indústria local. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 28-57, 2012.

RAUEN, André Tortato. **Margens de preferência: limites à avaliação de resultados e impactos**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Nota Técnica nº 29, março de 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6520>. Acesso em: 21/08/2016.

REIS, Euler Kleber Nunes dos. **Análise da Jurisprudência do TCU sobre o Uso da Margem de Preferência nas Compras Governamentais e os seus Reflexos sobre a Nova Finalidade Licitatória do Desenvolvimento Nacional Sustentável**. 2015. 105f. Monografia (grau de bacharel) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10832/1/2015_EulerKleberNunesdosReis.pdf. Acesso em: 21/08/2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Limits of Cost/Benefit Analysis When Disasters Loom. **Global Policy**, volume 7, p. 56–66, maio 2016.

ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALAMON, Lester M. (coord). **The tools of government: a guide to the new governance**. New York: Oxford University Press, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Fabrício Vieira dos. Licitação sustentável: contribuição estatal para atingir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 107, nov. 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e contratações administrativas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 153-173.

SCHNEIDER, Anne L.; INGRAM, Helen. **Policy design for democracy**. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.

SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law. **Public Procurement Law Review**, nº 103, 2002. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620. Acesso em 12/03/2016.

SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, Not Protectionism. BALDWIN, Richard; EVENETT, Simon J. (org.). In: **The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20**. London: Centre for Economic Policy Research, 2009, p. 87-92. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1356170>. Acesso em: 10/01/2016.

SCHUCK, Peter H. **Foundations of Administrative Law**. 6th edition. New Providence, NJ: LexisNexis.

SILVA, Erivam Paulo da. **O Uso do Poder de Compra do Estado como Instrumento de Política Pública: a Lei Complementar nº 123/2006, sua Implementação**. 2010. 180 f. Dissertação (Mestrado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3408/erivam.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01/02/2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **Economics of the Public Sector**. 3rd edition. New York/London: W. W. Northon & Company, 1999.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. **O Poder de Compras Governamental como Instrumento de Desenvolvimento Tecnológico: Análise do Caso Brasileiro**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Texto para Discussão nº 1922, janeiro de 2014. Disponível em: <http://comprasgovernamentais.com.br/wp-content/uploads/2014/01/O-PODER-DE-COMPRAS-GOVERNAMENTAL.pdf>. Acesso em: 21/08/2016.

SSENNOGA, Francis. Examining Discriminatory Procurement Practices in Developing Countries. **Journal of Public Procurement**, Volume 6, Issue 3, p. 218-249, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, mar./ago. 2012. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80263>. Acesso em: 08/08/2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos?. In: SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45-79.

TAYLOR, Trent. The End of an Era? How Affirmative Action in Government Contracting Can Survive After “Rothe”. **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, nº 4, p. 853–878, 2010. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25755792>. Acesso em: 01/02/2016.

TOBA, Marcos Maurício. O Processo da Licitação. In: MEDAUAR, Odete (coord.). **Processo Administrativo: aspectos atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p. 27-114.

TREPTE, Peter-Armin. **Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Global Guidance Principles for Life Cycle Assessment Databases: a Basis for Greener Processes and Products**, 2011. Disponível em: <http://www.unep.org/pdf/Global-Guidance-Principles-for-LCA.pdf>. Acesso em: 07/02/2016.

VIDAL, Laurant. Public Contracts and Sustainable Development in France. In: CARANTA, Roberto; TRYBUS, Martin. **The Law of Green and Social Procurement in Europe**. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 75-103.

VIEIRA, André Luís. Contratações públicas sustentáveis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, p. 31-44, abr. 2010.

WEIMER, David L.; VINING, Aidan R. **Policy Analysis: Concepts and Practice**. 4th edition. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2005.

YUKINS, Christopher R. A Versatile Prism: Assessing Procurement Law Through the Principal-Agent Model. **Public Contract Law Journal**, vol. 40, nº 1, p. 63-86, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1776295>. Acesso em: 12/03/2016.

Notícias

BAKER, Peter. Obama Orders Federal Contractors to Provide Workers Paid Sick Leave. **The New York Times**, Nova Iorque, 07/09/2015.

RITTNER, Daniel; MARCHESINI, Lucas. País quer abrir compra pública a estrangeiro. **Valor Econômico**, São Paulo, 28/12/2015.

WATANABE, Marta. Denúncia desestimula subsídios. **Valor Econômico**, São Paulo, 03/11/2014.

APÊNDICE I: Lista e Classificação das Regras de Função Derivada

A lista abaixo compila as regras de função derivada selecionadas conforme os critérios de pesquisa e seleção estabelecidos no item 3.5.1, e que foram utilizadas para a análise realizada ao longo do item 3.5.

Lista – Regras de Função Derivada

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
1)	Lei 8171	1991	Aquisição preferencial de estoques de alimentos de associação de pequeno e médio produtores (art. 31, § 3º)
2)	Lei 8171	1991	Contratação preferencial de proprietário rural para prestação de serviços de assistência técnica e fomento (art. 103, § único, III)
3)	Lei 8248	1991	Contratação preferencial de bens e serviços de informática e automação com conteúdo nacional (art. 3º)
4)	Lei 8666	1993	Preferência às empresas brasileiras no desempate de propostas (art. 3º, § 2)
5)	Lei 8666	1993	Dispensa de licitação para contratação de entidades da AP (art. 24, VIII)
6)	Lei 8666	1993	Dispensa de licitação para instituição brasileira sem fins lucrativos de pesquisa, do ensino, desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social do preso (art. 24, XIII)
7)	Lei 8883	1994	Parcelamento do objeto, sempre quando viável técnica e economicamente (art. 23, §§ 1º e 2º, Lei 8666)
8)	Lei 8883	1994	Dispensa de licitação para associação de portadores de deficiência física (art. 24, XX, Lei 8666)
9)	Lei 8958	1994	Dispensa de licitação para a contratação, pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, de instituições de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, cf. art. 24, XIII, Lei 8666/1993 (art. 1º)
10)	Lei 8987	1995	Preferência às empresas brasileiras, em igualdade de condições, no desempate das propostas (art. 15, § 4º)
11)	Lei 9648	1998	Possibilidade de parcelamento do objeto, se técnica e economicamente viável (art. 23, § 7º, Lei 8666)
12)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratação de empresas fornecedoras de energia e gás (art. 24, XXII, Lei 8666)
13)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratação de subsidiárias de empresas estatais por suas controladoras (art. 24, XXIII, Lei 8666)
14)	Lei 9648	1998	Dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços com as organizações sociais (art. 24, XXIV, Lei 8666)
15)	Lei 9787	1999	Preferência de aquisição, no âmbito do SUS, de medicamentos genéricos, desde que em igualdade de preços (art. 3º, § 2º)

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
16)	Lei 9991	2000	Obrigação de investimentos em atividades de P,I&D em energia elétrica (art. 1� a 3�)
17)	Lei 10973	2004	Dispensa de licitação por ICT ou agência de fomento para transferência de tecnologia e licenciamento de uso (art. 24, XXV, Lei 8666)
18)	Lei 10973	2004	Tratamento simplificado e preferencial para micro e pequenas empresas (art. 27, III)
19)	Lei 10973	2004	Tratamento simplificado e preferencial para empresas que invistam em inovação (art. 27, IV)
20)	Lei 11079	2004	Objetivo de obtenção de vantagens socioeconômicas pelo projeto (art. 4�, VII)
21)	Lei 11107	2005	Dispensa de licitação para contratação de entidades da AP e suas subsidiárias em caso de prestação associada de serviços públicos (art. 24, XXVI, Lei 8666)
22)	LC 123	2006	Preferência �s MPE no acesso ao mercado de compras públicas (art. 1�, III)
23)	LC 123	2006	Simplificação na habilitação fiscal de MPE - exigência apenas na assinatura do contrato (art. 42)
24)	LC 123	2006	Simplificação na habilitação fiscal de MPE - possibilidade de participação, ainda que exista restrição (art. 43, � 1�)
25)	LC 123	2006	Preferência na escolha de proposta de MPE em caso de “empate” (até 10% a mais do menor preço ofertado) (art. 44 e 45)
26)	LC 123	2006	Licitação exclusiva para MPE para objeto de até R\$ 80 mil (art. 48, I)
27)	LC 123	2006	Possibilidade de exigência de subcontratação de MPE (art. 48, II)
28)	LC 123	2006	Cota (até 25% do objeto da contratação), em caso de objetos divisíveis, para a contratação de MPE (art. 48, III)
29)	Lei 11284	2006	Julgamento de proposta técnica com consideração dos impactos ambientais, benefícios sociais e agregação de valor local (art. 26, II)
30)	Lei 11284	2006	Cláusulas contratuais de obrigação de recuperação ambiental, benefícios à comunidade e desempenho socioambiental (art. 30, VIII, IX e XIX)
31)	Lei 11284	2006	Divisão do objeto em lotes diferentes, para acesso por MPE (art. 33)
32)	Lei 11284	2006	Definição da outorga de concessão com consideração (entre outros) de benefícios sociais e competitividade (art. 36, � 2�, I, IV e VI)
33)	Lei 11445	2007	Dispensa de licitação para a contratação de catadores de lixo para a prestação de serviço de coleta e reciclagem (art. 24, XXVII, Lei 8666)
34)	Lei 11652	2008	Dispensa de licitação para contratação de entidades públicas e privadas para a formação da Rede Nacional de Comunicação Pública (art. 8�, � 2�, I)
35)	Lei 11652	2008	Dispensa de licitação para contratação da EBC (art. 8�, � 2�, II)
36)	Lei 11947	2009	Preferência na aquisição de alimentos locais e de agricultor familiar

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
			rural (art. 2º, V)
37)	Lei 11947	2009	Cota (pelo menos 30% de recursos repassados pelo FNDE) para aquisição de alimentos de agricultor familiar rural (art. 14)
38)	Lei 12101	2009	Preferência de contratação, no âmbito do SUS, de entidades beneficentes e sem fins lucrativos (art. 7º)
39)	Lei 12187	2009	Preferência para as propostas que propiciem redução do consumo de recursos naturais e emissão de gases (art. 6º, XII)
40)	Lei 12188	2010	Dispensa de licitação de instituição para serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (art. 24, XXX, Lei 8666)
41)	Lei 12305	2010	Preferência de aquisição de produtos reciclados, recicláveis ou compatíveis com consumo social ou ambientalmente sustentável (art. 7º, XI, “a” e “b”)
42)	Lei 12349	2010	Busca de desenvolvimento nacional sustentável pelas contratações (art. 3º, caput, Lei 8666)
43)	Lei 12349	2010	Margem de preferência para produtos e serviços nacionais - até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, §§ 5º a 9º, Lei 8666)
44)	Lei 12349	2010	Margem de preferência para produtos e serviços do Mercosul - até 25% a mais do menor preço ofertado (art. 3º, § 10, Lei 8666)
45)	Lei 12349	2010	Possibilidade de cláusula contratual de obrigação de compensações pelo contratado (art. 3º, § 11, Lei 8666)
46)	Lei 12349	2010	Possibilidade de contratação de sistemas de tecnologia e informação restritos à tecnologia produzida no país (art. 3º, § 12, Lei 8666)
47)	Lei 12349	2010	Dispensa de licitação para contratos de inovação e tecnologia (art. 24, XXXI, Lei 8666)
48)	Lei 12351	2010	Conteúdo nacional em contratos de partilha de P&G (art. 2º, VIII; art. 10, III, “e”; art. 15, VIII)
49)	Lei 12351	2010	Dispensa de licitação para celebração de contrato de partilha com a Petrobras (art. 12)
50)	Lei 12351	2010	Exigência de conteúdo nacional em contratos de concessão de P&G (art. 2º, X, Lei 9478)
51)	Lei 12462	2011	Busca de desenvolvimento nacional sustentável pelas contratações (art. 3º, caput)
52)	Lei 12462	2011	Busca da maior vantagem para a administração considerando critérios econômicos, sociais ou ambientais (art. 4º, III)
53)	Lei 12462	2011	Sempre que possível, determinação dos custos da contratação a partir dos custos locais (art. 4º, V)
54)	Lei 12462	2011	Parcelamento do objeto, sempre quando viável técnica e economicamente (art. 4º, VI)
55)	Lei 12462	2011	Definição do objeto considerando fatores que reduzam consumo de energia e insumos e com sustentabilidade ambiental (art. 4º, § 1º, III; art. 9º, § 2º, I, “d”)
56)	Lei 12462	2011	Exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
			habilitação (art. 14, § único, II)
57)	Lei 12512	2011	Dispensa de licitação para aquisição de alimentos de agricultores familiares (art. 17)
58)	Lei 12550	2011	Dispensa de licitação para a contratação, pela AP, da EBSEH - empresa pública federal (art. 5º)
59)	Lei 12598	2012	Contratação exclusiva de empresa nacional ou objeto nacional para produtos de defesa (art. 3º, § 1º, I e II)
60)	Lei 12598	2012	Obrigação contratual de transferência de tecnologia em caso de produtos de defesa (art. 3º, § 2º, II)
61)	Lei 12598	2012	Obrigação contratual de percentual mínimo de conteúdo nacional em caso de produtos de defesa (art. 3º, § 6º)
62)	Lei 12598	2012	Obrigação contratual de compensações em caso de importação de produto de defesa (art. 4º)
63)	Lei 12715	2012	Dispensa de licitação para transferência de tecnologia no SUS (art. 24, XXXII, Lei 8666)
64)	Lei 12745	2012	Obrigação contratual de aquisição de produtos e serviços nacionais (art. 3º-A, Lei 11578/2007)
65)	Lei 12745	2012	Dispensa de licitação para contratação da Ceitec - empresa estatal federal (art. 18-A, Lei 11759/2008)
66)	Lei 12833	2013	Dispensa de licitação, para contratação da Telebras - empresa estatal federal (art. 55, § 2º, Lei 12663/2012)
67)	Lei 12873	2013	Dispensa de licitação para a contratação, pela CONAB, de instituição financeira pública federal para obras e serviços de guarda de produtos agropecuários (art. 2º)
68)	Lei 12873	2013	Dispensa de licitação para a contratação, pelo Ministério da Saúde, de instituição financeira oficial federal para prestação de serviços de avaliação e recuperação econômica (art. 42)
69)	Lei 12873	2013	Dispensa de licitação para contratação de entidades sem fins lucrativos para implementação de cisternas e tecnologias de acesso � água (art. 24, XXXIII, Lei 8666)
70)	LC 147	2014	Preferência genérica para micro e pequenas empresas na aplicação da margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3º, § 14, Lei 8666)
71)	LC 147	2014	Preferência genérica para micro e pequenas empresas (art. 5º-A, Lei 8666)
72)	LC 147	2014	Preferência para a contratação de MPE sediadas local ou regionalmente - até 10% do melhor preço válido (art. 48, § 3, LC 123/2006)
73)	Lei 13146	2015	Impedimento de participação, em compras públicas, de editora que não fornece livros acessíveis à pessoa com deficiência (art. 68, § 1º)
74)	Lei 13204	2015	Dispensa de licitação para contratação de fundação para aquisição de insumos estratégicos de saúde (art. 24, XXXIV, Lei 8666)
75)	Lei 13243	2016	Dispensa de licitação para aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento (art. 24, XXI, Lei 8666)
76)	Lei 13243	2016	Uso do poder de compra para indução da inovação (art. 19, § 2º,

Nº	Lei nº	Ano	Descrição da regra
			VIII; e § 6º, IX, Lei 10973)
77)	Lei 13243	2016	Obrigações de investimentos em pesquisa e desenvolvimento em contratos de concessões (art. 19, § 2º, XII; e § 6º, XI, Lei 10973)
78)	Lei 13243	2016	Cláusulas de compensação comercial, industrial e tecnológica (art. 19, § 6º, X, Lei 10973)

A lista abaixo traz as principais classificações adotadas para as regras de função derivada selecionadas, e que foram utilizadas para as análises realizadas ao longo do item 3.5.

Lista – Classificação das Regras de Função Derivada

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
1)	Lei 8171	Política setorial	1991	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem	Espec.
2)	Lei 8171	Política setorial	1991	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Serviço	Espec.
3)	Lei 8248	Política setorial	1991	Indústria nac.	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Espec.
4)	Lei 8666	Contratação	1993	Indústria nac.	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem e serviço	Geral
5)	Lei 8666	Contratação	1993	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
6)	Lei 8666	Contratação	1993	Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
7)	Lei 8883	Contratação	1994	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
8)	Lei 8883	Contratação	1994	Portadores de deficiência	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Setor	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
9)	Lei 8958	Política setorial	1994	Ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
10)	Lei 8987	Contratação	1995	Indústria nacional	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Concessão	Geral
11)	Lei 9648	Política setorial	1998	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Fac.	Bem e serviço	Geral
12)	Lei 9648	Contratação	1998	Energia	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
13)	Lei 9648	Contratação	1998	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
14)	Lei 9648	Contratação	1998	Social	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
15)	Lei 9787	Política setorial	1999	Saúde	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem	Espec.
16)	Lei 9991	Política setorial	2000	P,I&D	Atividade	Obrigação contratual	Ob.	Concessão	Espec.
17)	Lei 10973	Política setorial	2004	P,I&D	Atividade	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
18)	Lei 10973	Política setorial	2004	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
19)	Lei 10973	Política setorial	2004	P,I&D	Misto	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
20)	Lei 11079	Contratação	2004	Desenv. sustent.	Atividade	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Geral
21)	Lei 11107	Política setorial	2005	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Concessão	Geral
22)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
23)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
24)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem e serviço	Geral
25)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Seleção da proposta	Ob.	Bem e serviço	Geral
26)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Contratação exclusiva	Ob.	Bem e serviço	Geral
27)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Obrigaçao contratual	Fac.	Bem e serviço	Geral
28)	LC 123	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Contratação exclusiva	Ob.	Bem	Geral
29)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Atividade	Seleção da proposta	Ob.	Concessão	Espec.
30)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Ativ.	Obrigaçao contratual	Ob.	Concessão	Espec.
31)	Lei 11284	Política setorial	2006	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Espec.
32)	Lei 11284	Política setorial	2006	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Concessão	Espec.
33)	Lei 11445	Política setorial	2007	Desenv. sustent.	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
34)	Lei 11652	Política setorial	2008	Comunicação	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
35)	Lei 11652	Política setorial	2008	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
36)	Lei 11947	Política setorial	2009	Agrícola	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem	Espec.
37)	Lei 11947	Política setorial	2009	Agrícola	Grupo	Contratação exclusiva	Ob.	Bem	Espec.

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
38)	Lei 12101	Política setorial	2009	Saúde	Grupo	Preferência/exigência genérica	Ob.	Serviço	Espec.
39)	Lei 12187	Política setorial	2009	Desenv. sustent.	Ativ.	Seleção da proposta	Ob.	Contratação (geral)	Geral
40)	Lei 12188	Política setorial	2010	Agrícola	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
41)	Lei 12305	Política setorial	2010	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Contratação (geral)	Geral
42)	Lei 12349	Contratação	2010	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
43)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral
44)	Lei 12349	Contratação	2010	Internacional	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral
45)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Obrigação contratual	Fac.	Bem e serviço	Geral
46)	Lei 12349	Contratação	2010	Indústria nacional	Grupo	Contratação exclusiva	Fac.	Bem e serviço	Espec.
47)	Lei 12349	Contratação	2010	P,I&D	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
48)	Lei 12351	Política setorial	2010	Indústria nac.	Grupo	Obrigação contratual	Ob.	Concessão	Espec.
49)	Lei 12351	Política setorial	2010	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Concessão	Espec.
50)	Lei 12351	Política setorial	2010	Indústria nac.	Grupo	Obrigação contratual	Ob.	Concessão	Espec.
51)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
52)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
53)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
54)	Lei 12462	Contratação	2011	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
55)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Definição do objeto	Ob.	Bem e serviço	Geral
56)	Lei 12462	Contratação	2011	Desenv. sustent.	Ativ.	Habilitação	Fac.	Bem e serviço	Geral
57)	Lei 12512	Política setorial	2011	Agrícola	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
58)	Lei 12550	Política setorial	2011	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
59)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Contratação exclusiva	Fac.	Bem e serviço	Espec.
60)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Ob.	Bem e serviço	Espec.
61)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Fac.	Bem e serviço	Espec.
62)	Lei 12598	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Ob.	Bem e serviço	Espec.
63)	Lei 12715	Política setorial	2012	Saúde	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem e serviço	Espec.
64)	Lei 12745	Política setorial	2012	Indústria nac.	Grupo	Obrigaçao contratual	Fac.	Bem	Geral
65)	Lei 12745	Política setorial	2012	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
66)	Lei 12833	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
67)	Lei 12873	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
68)	Lei 12873	Política setorial	2013	Entidades da AP	Grupo	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
69)	Lei 12873	Política setorial	2013	Social	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Serviço	Espec.
70)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/ exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
71)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Preferência/ exigência genérica	Ob.	Bem e serviço	Geral
72)	LC 147	Política setorial	2014	Micro, pequena e média empresa	Grupo	Seleção da proposta	Fac.	Bem e serviço	Geral

Nº	Lei	Tipo de lei	Ano	Sector	Grupo ou ativ.?	Técnica	Fac. ou ob.?	Objeto de contrato?	Especificidade do obj.?
73)	Lei 13146	Política setorial	2015	Portadores de deficiência	Grupo	Habilitação	Ob.	Bem	Espec.
74)	Lei 13204	Contratação	2015	Saúde	Misto	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
75)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Dispensa de licitação	Fac.	Bem	Espec.
76)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Preferência/exigência genérica	Fac.	Bem e serviço	Espec.
77)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Obrigação contratual	Fac.	Concessão	Espec.
78)	Lei 13243	Política setorial	2016	P,I&D	Ativ.	Obrigação contratual	Fac.	Bem e serviço	Espec.

APÊNDICE II: Jurisprudência do TCU – Preferências da LC nº 123/2006

Este apêndice lista as decisões do Tribunal de Contas da União referentes às preferências trazidas pelos art. 44 a 48, da Lei Complementar nº 123/2006, que foram analisadas e selecionadas para comentários no item 3.7.3.2 desta tese.

A pesquisa de jurisprudência foi realizada entre 11/10/2016 e 12/10/2016, com as seguintes palavras-chave: microempresa e licitação e preferência e desempate; microempresa e reservada; microempresa e inidoneidade e 123.

Ressalte-se que foram *analisados e excluídos* da seleção final, pois apenas mencionam as preferências às micro e pequenas empresas nas licitações, mas sem que haja juízo específico em relação ao tema, os seguintes acórdãos: Acórdão nº 1929/2013, Plenário; Acórdão nº 1448/2013, Plenário; Acórdão nº 547/2013, Plenário; Acórdão nº 2425/2012, Plenário; Acórdão nº 122/2012, Plenário; Acórdão nº 797/2011, Plenário; Acórdão nº 339/2010, Plenário; Acórdão nº 79/2010, Plenário; Acórdão nº 2505/2009, Plenário; Acórdão nº 925/2009, Plenário; Acórdão nº 168/2009, Plenário.

1) Declaração indevida de enquadramento como micro ou pequena empresa

▪ Enquadramento considerado regular:

1. Acórdão nº 1280/2014, 2ª Câmara, data da sessão: 01/04/2014
2. Acórdão nº 3357/2012, Plenário, data da sessão: 05/12/2012
3. Acórdão nº 1323/2012, Plenário, data da sessão: 30/05/2012

▪ Enquadramento considerado irregular⁴⁴³:

4. Acórdão nº 10952/2016, 2ª Câmara, data da sessão: 04/10/2016
5. Acórdão nº 2446/2016, Plenário, data da sessão: 21/09/2016 IN
6. Acórdão nº 2058/2016, Plenário, data da sessão: 10/08/2016 IN
7. Acórdão nº 1519/2016, Plenário, data da sessão: 15/06/2016 IN
8. Acórdão nº 1219/2016, Plenário, data da sessão: 18/05/2016
9. Acórdão nº 1868/2015, Plenário, data da sessão: 29/07/2015 IN
10. Acórdão nº 4638/2015, 2ª Câmara, data da sessão: 28/07/2015

⁴⁴³ Os acórdãos com a notação “IN” ao final significam que a decisão final foi de aplicação da pena de declaração de inidoneidade.

11. Acórdão nº 1668/2015, Plenário, data da sessão: 08/07/2015 IN
12. Acórdão nº 1370/2015, Plenário, data da sessão: 03/06/2015 IN
13. Acórdão nº 504/2015, Plenário, data da sessão: 11/03/2015
14. Acórdão nº 485/2015, Plenário, data da sessão: 11/03/2015
15. Acórdão nº 330/2015, Plenário, data da sessão: 04/03/2015
16. Acórdão nº 815/2015, 2ª Câmara, data da sessão: 03/03/2015
17. Acórdão nº 3186/2014, Plenário, data da sessão: 19/11/2014 IN
18. Acórdão nº 2921/2014, Plenário, data da sessão: 29/10/2014 IN
19. Acórdão nº 2578/2014, Plenário, data da sessão: 01/10/2014 IN
20. Acórdão nº 2392/2014, Plenário, data da sessão: 10/09/2014
21. Acórdão nº 2349/2014, Plenário, data da sessão: 03/09/2014 IN
22. Acórdão nº 2250/2014, Plenário, data da sessão: 27/08/2014 IN
23. Acórdão nº 1797/2014, Plenário, data da sessão: 09/07/2014 IN
24. Acórdão nº 1617/2014, Plenário, data da sessão: 18/06/2014 IN
25. Acórdão nº 1104/2014, Plenário, data da sessão: 30/04/2014 IN
26. Acórdão nº 999/2014, Plenário, data da sessão: 16/04/2014 IN
27. Acórdão nº 998/2014, Plenário, data da sessão: 16/04/2014 IN
28. Acórdão nº 923/2014, Plenário, data da sessão: 09/04/2014 IN
29. Acórdão nº 922/2014, Plenário, data da sessão: 09/04/2014 IN
30. Acórdão nº 836/2014, Plenário, data da sessão: 02/04/2014 IN
31. Acórdão nº 815/2014, Plenário, data da sessão: 02/04/2014 IN
32. Acórdão nº 709/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN
33. Acórdão nº 740/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN
34. Acórdão nº 745/2014, Plenário, data da sessão: 26/03/2014 IN
35. Acórdão nº 653/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
36. Acórdão nº 638/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
37. Acórdão nº 626/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
38. Acórdão nº 352/2014, Plenário, data da sessão: 19/02/2014 IN
39. Acórdão nº 338/2014, Plenário, data da sessão: 19/03/2014 IN
40. Acórdão nº 276/2014, Plenário, data da sessão: 12/02/2014
41. Acórdão nº 272/2014, Plenário, data da sessão: 12/02/2014 IN
42. Acórdão nº 125/2014, Plenário, data da sessão: 29/01/2014
43. Acórdão nº 124/2014, Plenário, data da sessão: 29/01/2014
44. Acórdão nº 3437/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
45. Acórdão nº 3436/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
46. Acórdão nº 3435/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
47. Acórdão nº 3434/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013 IN
48. Acórdão nº 3415/2013, Plenário, data da sessão: 04/12/2013

49. Acórdão nº 3242/2013, Plenário, data da sessão: 27/11/2013
50. Acórdão nº 3211/2013, Plenário, data da sessão: 27/11/2013 IN
51. Acórdão nº 3113/2013, Plenário, data da sessão: 20/11/2013 IN
52. Acórdão nº 3037/2013, Plenário, data da sessão: 13/11/2013 IN
53. Acórdão nº 2978/2013, Plenário, data da sessão: 06/11/2013 IN
54. Acórdão nº 2977/2013, Plenário, data da sessão: 06/11/2013 IN
55. Acórdão nº 2858/2013, Plenário, data da sessão: 23/10/2013 IN
56. Acórdão nº 2682/2013, Plenário, data da sessão: 02/10/2013 IN
57. Acórdão nº 2452/2013, Plenário, data da sessão: 11/09/2013 IN
58. Acórdão nº 2310/2013, Plenário, data da sessão: 28/08/2013 IN
59. Acórdão nº 2236/2013, Plenário, data da sessão: 21/08/2013
60. Acórdão nº 2235/2013, Plenário, data da sessão: 21/08/2013 IN
61. Acórdão nº 2134/2013, Plenário, data da sessão: 14/08/2013 IN
62. Acórdão nº 1906/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
63. Acórdão nº 1905/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
64. Acórdão nº 1904/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
65. Acórdão nº 1903/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
66. Acórdão nº 1902/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
67. Acórdão nº 1901/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
68. Acórdão nº 1900/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
69. Acórdão nº 1902/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
70. Acórdão nº 1899/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
71. Acórdão nº 1898/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
72. Acórdão nº 1897/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
73. Acórdão nº 1896/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
74. Acórdão nº 1895/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
75. Acórdão nº 1894/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
76. Acórdão nº 1893/2013, Plenário, data da sessão: 24/07/2013 IN
77. Acórdão nº 1834/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
78. Acórdão nº 1833/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
79. Acórdão nº 1832/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
80. Acórdão nº 1831/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
81. Acórdão nº 1830/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
82. Acórdão nº 1829/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
83. Acórdão nº 1828/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
84. Acórdão nº 1827/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
85. Acórdão nº 1826/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN
86. Acórdão nº 1825/2013, Plenário, data da sessão: 17/07/2013 IN

87. Acórdão nº 1783/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
88. Acórdão nº 1782/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
89. Acórdão nº 1781/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
90. Acórdão nº 1780/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
91. Acórdão nº 1779/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
92. Acórdão nº 1778/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
93. Acórdão nº 1777/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
94. Acórdão nº 1776/2013, Plenário, data da sessão: 10/07/2013 IN
95. Acórdão nº 1707/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
96. Acórdão nº 1706/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
97. Acórdão nº 1705/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
98. Acórdão nº 1704/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
99. Acórdão nº 1703/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
100. Acórdão nº 1702/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
101. Acórdão nº 1701/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
102. Acórdão nº 1700/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
103. Acórdão nº 1699/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
104. Acórdão nº 1698/2013, Plenário, data da sessão: 03/07/2013 IN
105. Acórdão nº 1609/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
106. Acórdão nº 1608/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
107. Acórdão nº 1607/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
108. Acórdão nº 1606/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
109. Acórdão nº 1605/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
110. Acórdão nº 1604/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
111. Acórdão nº 1603/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
112. Acórdão nº 1602/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
113. Acórdão nº 1601/2013, Plenário, data da sessão: 26/06/2013 IN
114. Acórdão nº 1537/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
115. Acórdão nº 1536/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
116. Acórdão nº 1535/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
117. Acórdão nº 1534/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
118. Acórdão nº 1533/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
119. Acórdão nº 1532/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
120. Acórdão nº 1531/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
121. Acórdão nº 1530/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
122. Acórdão nº 1529/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
123. Acórdão nº 1528/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
124. Acórdão nº 1527/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN

125. Acórdão nº 1526/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
126. Acórdão nº 1525/2013, Plenário, data da sessão: 19/06/2013 IN
127. Acórdão nº 1405/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
128. Acórdão nº 1404/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
129. Acórdão nº 1403/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
130. Acórdão nº 1402/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
131. Acórdão nº 1401/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
132. Acórdão nº 1400/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
133. Acórdão nº 1399/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
134. Acórdão nº 1398/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
135. Acórdão nº 1397/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
136. Acórdão nº 1377/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
137. Acórdão nº 1372/2013, Plenário, data da sessão: 05/06/2013 IN
138. Acórdão nº 1331/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
139. Acórdão nº 1330/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
140. Acórdão nº 1329/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
141. Acórdão nº 1328/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
142. Acórdão nº 1327/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
143. Acórdão nº 1326/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
144. Acórdão nº 1325/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
145. Acórdão nº 1324/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
146. Acórdão nº 1323/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
147. Acórdão nº 1322/2013, Plenário, data da sessão: 29/05/2013 IN
148. Acórdão nº 206/2013, Plenário, data da sessão: 20/02/2013 IN
149. Acórdão nº 3359/2012, Plenário, data da sessão: 05/12/2012
150. Acórdão nº 1782/2012, Plenário, data da sessão: 11/07/2012 IN
151. Acórdão nº 1173/2012, Plenário, data da sessão: 16/05/2012 IN
152. Acórdão nº 903/2012, Plenário, data da sessão: 18/04/2012 IN
153. Acórdão nº 107/2012, Plenário, data da sessão: 25/01/2012 IN
154. Acórdão nº 3074/2011, Plenário, data da sessão: 23/11/2011 IN
155. Acórdão nº 3256/2011, Plenário, data da sessão: 07/12/2011 IN
156. Acórdão nº 2993/2011, Plenário, data da sessão: 16/11/2011 IN
157. Acórdão nº 2845/2011, Plenário, data da sessão: 25/10/2011 IN
158. Acórdão nº 2756/2011, Plenário, data da sessão: 19/10/2011 IN
159. Acórdão nº 2606/2011, Plenário, data da sessão: 14/09/2011 IN
160. Acórdão nº 2415/2011, Plenário, data da sessão: 14/09/2011 IN
161. Acórdão nº 2259/2011, Plenário, data da sessão: 24/08/2011 IN
162. Acórdão nº 2146/2011, Plenário, data da sessão: 17/08/2011

- 163. Acórdão nº 2101/2011, Plenário, data da sessão: 10/08/2011 IN
- 164. Acórdão nº 5161/2011, 2ª Câmara, data da sessão: 19/07/2011
- 165. Acórdão nº 1589/2011, Plenário, data da sessão: 15/06/2011 IN
- 166. Acórdão nº 1439/2011, Plenário, data da sessão: 01/06/2011 IN
- 167. Acórdão nº 1139/2011, Plenário, data da sessão: 01/06/2011 IN
- 168. Acórdão nº 1137/2011, Plenário, data da sessão: 04/05/2011 IN
- 169. Acórdão nº 970/2011, Plenário, data da sessão: 13/04/2011 IN
- 170. Acórdão nº 588/2011, Plenário, data da sessão: 16/03/2011 IN
- 171. Acórdão nº 744/2010, Plenário, data da sessão: 30/03/2011 IN
- 172. Acórdão nº 3381/2010, Plenário, data da sessão: 08/12/2010 IN
- 173. Acórdão nº 3228/2010, Plenário, data da sessão: 01/12/2010 IN
- 174. Acórdão nº 3217/2010, Plenário, data da sessão: 01/12/2010 IN
- 175. Acórdão nº 2928/2010, Plenário, data da sessão: 03/11/2010 IN
- 176. Acórdão nº 2924/2010, Plenário, data da sessão: 03/11/2010
- 177. Acórdão nº 2847/2010, Plenário, data da sessão: 27/10/2010
- 178. Acórdão nº 2846/2010, Plenário, data da sessão: 27/10/2010 IN
- 179. Acórdão nº 1743/2010, Plenário, data da sessão: 21/07/2010 IN
- 180. Acórdão nº 1972/2010, Plenário, data da sessão: 11/08/2010 IN
- 181. Acórdão nº 2578/2010, Plenário, data da sessão: 29/09/2010 IN⁴⁴⁴
- 182. Acórdão nº 1650/2010, Plenário, data da sessão: 14/07/2010
- 183. Acórdão nº 1028/2010, Plenário, data da sessão: 12/05/2010 IN
- 184. Acórdão nº 193/2010, Plenário, data da sessão: 10/02/2010

2) Inconstitucionalidade das preferências

- 185. Acórdão nº 1231/2008, Plenário, data da sessão: 25/06/2008

3) Não aplicabilidade das preferências – exceções do art. 49

- 186. Acórdão nº 2387/2008, Plenário, data da sessão: 29/10/2008

4) Cumulação de preferência às MPE e restrições locais

- 187. Acórdão nº 2957/2011, Plenário, data da sessão: 09/11/2011

5) Aplicação da preferência para informática e micro/pequena empresa

- 188. Acórdão nº 4056/2010, Plenário, data da sessão: 06/07/2010
- 189. Acórdão nº 4241/2012, 2ª Câmara, data da sessão: 19/06/2012

⁴⁴⁴ Acórdão posteriormente anulado pelo Acórdão nº 2072/2011, Plenário, data da sessão: 10/08/2011, em razão de não observância à ampla defesa e ao contraditório.

6) Alegação de que a preferência não se aplica

190. Acórdão nº 2055/2016, Plenário data da sessão: 10/08/2016

191. Acórdão nº 2439/2016, Plenário data da sessão: 21/09/2016

7) Não previsão, no edital, da preferência às MPEs em caso de empate

192. Acórdão nº 1292/2015, Plenário, data da sessão: 27/05/2015

193. Acórdão nº 265/2010, Plenário, data da sessão: 24/02/2010

194. Acórdão nº 5376/2012, 2ª Câmara, data da sessão: 24/07/2012

195. Acórdão nº 1742/2016, Plenário, data da sessão: 06/07/2016

8) Interpretação equivocada da lei

196. Acórdão nº 549/2016, Plenário, data da sessão: 09/03/2016

197. Acórdão nº 1003/2016, Plenário, data da sessão: 27/04/2016

198. Acórdão nº 254/2014, 2ª Câmara, data de sessão: 04/02/2014

199. Acórdão nº 10604/2011, 2ª Câmara, data de sessão: 01/11/2011