
LICITAÇÕES PÚBLICAS: INSTRUMENTOS DE FOMENTO E PROTEÇÃO DO MERCADO INTERNO

PUBLIC BIDDING: INSTRUMENTS FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF THE INTERNAL MARKET

Jefferson dos Santos Vieira

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Ordem Econômica Constitucional; 2 Princípios da Ordem Econômica; 1.1 Soberania Nacional; 1.2 Propriedade Privada; 1.3 Função Social da Propriedade; 1.4 Redução das Desigualdades Regionais e Sociais; 1.5 Busca do Pleno Emprego; 2 O Estado na Atividade Econômica; 2.1 O Estado Promocional - Intervenções Fomentadoras da Economia; 3 Função das Aquisições Públicas na Política de Fomento da Atividade Econômica; 3.1 Margem de Preferência; 3.2 A Licitação como Instrumento de Fomento da Economia; 3.3 Restrição quanto à origem do Produto; 4.3.1 O TCU e a Restrição quanto à origem do produto; 5 Conclusão; Referências.

¹ Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Pessoal, Contratos, Licitações e Convênios da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário. Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho e em Direito do Estado e Regulação.

RESUMO: A atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País, impõe a adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público, diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. O objetivo deste trabalho foi analisar a função das licitações públicas no fomento e proteção do mercado interno, destacando-se a obrigação constitucional do Estado promover a atividade econômica, os instrumentos da margem de preferência e da restrição quanto à origem, introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, bem como o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o uso das licitações como instrumento de execução de políticas econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Margem de Preferência. Restrição. Origem do Produto. Fabricação Nacional. Polêmicas. Fomento. Atividade Econômica.

ABSTRACT: The prime role of the public sector with a view to establishing incentives for research and innovation, which are recognized as embodying a powerful inducing effect on the development of the country, requires the adoption of measures that add to the profile of public sector demand, clear guidelines pertaining to the role of the state in the promotion of economic development and the strengthening of the production of domestic goods and services. The aim of this study was to analyze the role of public tenders in the promotion and protection of the domestic market, highlighting the constitutional obligation of the state to promote economic activity, the instruments of the margin of preference and of restriction based on the origin of products, introduced into the legal system by law No. 12,349, of December 15, 2010, as well as the view of the Federal Audit Court (TCU) on the use of tenders as an instrument of economic policy implementation.

KEYWORDS: Bidding. Margin of Preference. Constraints. Origin of Products. Domestic Manufacturing. Polemics. Promotion. Economic Activity.

INTRODUÇÃO

A globalização das economias mundiais é fenômeno decorrente do liberalismo econômico, que prega a influência mínima do Estado na atividade econômica, possibilitando o fluxo internacional de bens, serviços e capitais.

Todavia, em momentos de crise econômica, o Estado reafirma sua importância na atividade econômica, fomentando e regulando os setores produtivos do mercado interno. A intervenção do Estado na ordem econômica está consolidada na Constituição da República de 1988, esses mandamentos constitucionais balizam a produção normativa relacionada à atividade econômica e influenciam as decisões administrativas vinculadas ao desenvolvimento econômico do País.

Na busca da preservação do mercado interno, dentre outras medidas, o Estado poderá realizar alterações legislativas ou atos administrativos específicos para induzir a aquisição de produtos nacionais.

Dentre atos administrativos que independem de legislação específica, a licitação para aquisição de bens e serviços possui relevante papel para a manutenção da produção interna do País, garantindo o nível de emprego e o desenvolvimento tecnológico e fabril da massa produtora para atender as demandas sociais internas.

As aquisições públicas foram consolidadas como importantes instrumentos para o fomento da produção econômica do País e de salvaguarda dos princípios constitucionais da soberania, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

No presente estudo, serão apresentados alguns instrumentos que poderão ser usados pela Administração para obter a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e realizar a defesa do mercado interno por meio das aquisições públicas.

1 DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A ordem econômica constitucional está compreendida nos arts. 170 a 192 da Constituição da República de 1988, sendo esses agrupados em quatro capítulos que tratam dos princípios gerais da atividade econômica, da política urbana, da política agrícola e fundiária e da reforma agrária e do sistema financeiro nacional.

Os dispositivos constitucionais da ordem econômica são denominados pela doutrina como “Constituição Econômica”, pois são

um “[...] conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia” (CANOTILHO, 2002).

Esse conjunto de normas é caracterizado por estabelecer um dever ao legislador ordinário, condicionar a legislação futura, informar a concepção do Estado e da sociedade, inspirar a ordenação jurídica e condicionar as atividades discricionárias da Administração, sendo classificados como normas constitucionais programáticas (SILVA. J, 2003).

A análise da ordem econômica indica que, por força de norma constitucional dirigente, o Estado deve prestigiar a livre iniciativa e a propriedade privada, enunciando que a forma econômica adotada no texto constitucional é a capitalista.

No intuito de minimizar o impacto social decorrente da forma econômica adotada, a Constituição impôs limites e definiu objetivos para o exercício da atividade econômica, ressaltando que esta tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

[...]. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que a tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica, que examinaremos ainda neste capítulo. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste. (SILVA. J, 2008)

Ao estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, a Constituição propõe um enorme desafio para a sociedade capitalista, que, por princípio, é individualista, pois para a existência do regime de justiça social “[...] cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria” (SILVA. J, 2008).

Portanto, no intuito de transformar a realidade socioeconômica, a ordem constitucional fixa os parâmetros para a exploração da atividade econômica pelos particulares e para a atuação do legislador ordinário e da Administração para que o programa constitucional alcance o maior nível de realidade.

2 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Nesta oportunidade, apenas um dos capítulos que compõem o título da ordem econômica e financeira será analisado. Trata-se do capítulo que relaciona os princípios gerais da atividade econômica, tendo em vista a influência desses na legislação que regulamenta aquisições estatais.

Os princípios podem ser definidos como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre os estados de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão).

O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (Endzustand), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é o ponto de partida para procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos. (ÁVILA, 2006)

Portanto, conforme definição do texto constitucional, a ordem econômica deve ter por fim a preservação da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Não que se olvidar que todos os princípios são essenciais para o estudo da ordem econômica constitucional, porém a limitação do objeto deste estudo recomenda a abordagem específica de alguns dos princípios arrolados, em especial, os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais.

1.1 SOBERANIA NACIONAL

A soberania, como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, tem o significado de poder político supremo e independente, ou seja, aquela não é limitada por nenhum outro poder no âmbito interno e garante que o Estado Brasileiro está em igualdade com outros Estados internacionais, não tendo obrigação de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas, no âmbito das relações internacionais.

O princípio da soberania nacional econômica não é mera repetição do princípio fundamental do Estado Brasileiro. Esse é complemento da soberania indicada como fundamento do estado e legitima os atos estatais necessários para empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos.

A indicação da soberania nacional como um princípio da ordem econômica reverbera a autonomia do Estado Brasileiro e cria condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular. (SILVA, J, 2008).

1.2 PROPRIEDADE PRIVADA

O conceito de propriedade tem origem na idade média e alcança o ápice do conceito evolutivo nas Revoluções Liberais, sendo baseada na apropriação individual. Ela expressa o instinto natural do indivíduo em conservar e fortalecer o que é seu.

Juridicamente falando, a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário. Ela consiste num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. A propriedade também é um direito absoluto, porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituído, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. É absoluto também porque oponível a todos. O direito de propriedade é perpétuo: tem duração ilimitada e não se extingue pelo não uso. É um direito exclusivo, uma vez que consiste no poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio. (GOMES, 1983)

Para Manoel Jorge e Silva Neto (NETO, 2001), a proteção constitucional da propriedade privada ressalta que ela é um dos enunciados declarativos do modelo econômico abraçado pelo constituinte originário, ou seja, a proteção constitucional da propriedade privada é um desdobramento da forma econômica capitalista adotada pelo constituinte.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade é expressão do processo de relativização dos direitos individuais, esses não são mais entendidos como pertencentes aos indivíduos em seu exclusivo interesse, eles passam a militar como instrumentos de construção de algo para a coletividade.

A Constituição inscreveu a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III). Já destacamos antes a importância desse fato, porque, então, embora também prevista entre

os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim. O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico. Se se reconhece o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. A Constituição o diz (art. 170).

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social. (SILVA. J, 2008)

A funcionalização da propriedade não deve ser encarada como mais uma limitação ao exercício desse direito, ela é mais do que isso. Na realidade, sua função social é uma nova concepção do direito de propriedade, baseada no fundamento, razão e justificação da mesma.

1.4 REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

As desigualdades regionais são decorrentes da concentração dos fatores econômicos nas regiões mais populosas do país, pois a iniciativa privada não possui interesse econômico em determinados setores da economia, ou inexistência de mercado consumidor, ou pelo custo elevado do investimento ou pela cumulação dos dois fatores, o que propicia o desenvolvimento desigual das regiões do País.

O desenvolvimento social está intimamente ligado ao desenvolvimento econômico de uma região, pois a exploração da atividade econômica deve ser orientada conforme os ditames da sociedade justa, sendo essa caracterizada “[...] por estar estruturada para assegurar a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas para viver condignamente” (SILVA. A, 2003).

Portanto, para suprir uma falha da forma econômica capitalista, a Constituição da República impõe ao Estado a obrigação de fomentar

políticas públicas compensatórias para as regiões com menor desenvolvimento, visando garantir o desenvolvimento uniforme do País.

1.5 BUSCA DO PLENO EMPREGO

O princípio do pleno emprego estabelece que o Estado tem o dever de implementar políticas públicas que garantam a criação de oportunidades e o aumento geral da produtividade dos fatores de produção com o uso integral da oferta de mão de obra disponível no mercado.

Para ciência econômica, o pleno emprego significa:

[...] o estado de equilíbrio entre a oferta e a demanda dos fatores de produção em sua plena capacidade instalada. Em uma situação de pleno emprego não existe desperdício, em qualquer de suas formas, nem do capital e nem do trabalho. O pleno emprego significa a utilização da capacidade máxima de produção de uma sociedade e, evidentemente, deve ser utilizada para elevar a qualidade de vida da população, com respeito ao meio ambiente. (ALVES, 2011)

O combate às desigualdades sociais para o alcance do desenvolvimento sustentável do País e a construção de uma sociedade justa e solidária têm como requisito o alcance do pleno emprego, pois, com base nele, os membros da sociedade poderão obter os meios necessários para subsistência digna.

2 O ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

A Constituição de 1988, ao regulamentar a ordem econômica, estabeleceu que, como em todo Estado capitalista, precipuamente, caberia à sociedade explorar diretamente a atividade econômica.

Na perspectiva constitucional, não caberia ao Estado a exploração direta da atividade econômica, pois os esforços estatais deveriam ser concentrados na prestação dos serviços públicos essenciais ao bem estar social (educação, saúde, transportes, etc...), prestigiando-se as ideias difundidas pelo liberalismo econômico.

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. É claro que, consoante já vimos, numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social,

a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público”. [...]. O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. [...] (SILVA, J, 2008)

Contudo, o Estado moderno não segue integralmente os ditames do liberalismo econômico, não sendo possível o total afastamento daquele das questões relativas à atividade econômica.

Neste passo, foi garantida ao Estado a exploração excepcional de determinada atividade quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo e a exploração de monopólio estatal.

[...] A interpretação e a intervenção estatal no cenário econômico deixaram de ser algo inconcebível (sócio e juridicamente) para serem alçados à condição de parcela da concepção primária dos deveres do Estado. Desde então, dentre os princípios fundadores do sistema jurídico-constitucional estão aqueles que versam sobre economia (pública, privada e público-privada). A natureza da relação Estado-economia é alçada à institucionalização hierárquica superior nos respectivos textos constitucionais, fazendo parte essencial da idéia que se tem do próprio Estado. (MOREIRA, 2006)

Ademais, mesmo quando não há exploração direta da atividade econômica, a Constituição atribuiu ao Estado às funções de fiscalização, regulamentação e planejamento das atividades economicamente relevantes, ou seja, o Estado passou a regulamentar os mercados, conforme os ditames estabelecidos pela ordem econômica constitucional.

A Constituição já não é tão clara, como as anteriores, quanto aos modos de atuação do Estado na economia. Fala em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulamentar da atividade econômica. Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode-se manter, em face da Constituição atual, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de

seus fundamentos e de seu fim, já tantas vezes explicitados aqui. É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, porque, se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada quanto a estatal se destina ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos. (SILVA, J, 2008)

As novas atribuições constitucionais do Estado permitem concluir que a participação deste na ordem econômica pode ser classificada como participativa ou intervencionista. Na primeira, o Estado disputa com a sociedade o desempenho de determinada atividade econômica e na segunda, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos, isto é, conduz a exploração da atividade pela livre iniciativa para os fins colimados na constituição, promovendo ou restringindo determinada atividade.

2.1 O ESTADO PROMOCIONAL - INTERVENÇÕES FOMENTADORAS DA ECONOMIA

O desenvolvimento econômico e social é, quando iniciado de forma espontânea, decorrente da decisão de integrantes da sociedade de explorar determinada atividade econômica, ou seja, no tempo ditado pelo mercado, a livre iniciativa produzirá os bens necessários para suprir suas demandas e alcançar o bem estar social de todos.

Todavia, em algumas situações, o tempo necessário para o início da exploração espontânea de determinada atividade econômica não atende aos anseios da sociedade, sendo função do Estado adotar medidas de fomento para atrair novos, manter ou ampliar o quadro de empreendedores de determinado setor da economia que possuem relevância para o desenvolvimento econômico e social.

O que traz consigo a possibilidade de adversidades duradouras, que agravam ainda mais o problema de que os efeitos maléficos das crises econômicas são sentidos de imediato justamente pelos menos privilegiados. Tenha-se presente a lição de Keynes, que “sublinhou a importância do estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da ‘completa destruição as instituições económicas actuais’. E como as crises e os seus efeitos perniciosos se fazem sentir a curto prazo, Keynes veio defender que política económica deve adoptar uma perspectiva de curto prazo: “in the long run we are call dead”, como escrevia em 1923. [...]

15.2 Ocorre que a intervenção não pode se dar apenas nesse plano de fascinação pelo mercado. Isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar para corrigir falhas nas condutas dos agentes (objeto de ilícitos concorrenciais), ele deve fazê-lo com a finalidade de sanar falhas estruturais (em setores onde o mercado e a concorrência dificilmente se instalariam) e implementar políticas econômicas públicas, instalando ab ovo modificações no próprio mercado. Tais políticas não são ancilares ao modelo mercadológico, mas inclusive podem contrariar o paradigma vislumbrado pela teorização da concorrência perfeita.

16. A inserção estatal na economia, portanto, muitas vezes transcende a formação de uma estrutura jurídico-institucional que apenas garanta o livre-exercício da atividade econômica por parte das pessoas privadas, pois também se dirige ao exercício da atividade produtiva ou fomentadora. O que se dá em especial em países subdesenvolvidos e/ou semi-industrializados.

Essa ordem de intervenções promocionais do Estado pode acidentalmente gerar resultados secundários equivalentes ao modelo da concorrência perfeita. Mas tal pressuposto não é condição necessária e suficiente para autorizar a interferência estatal. Não é necessário porque o fundamento de tais ações diz respeito às políticas públicas estabelecidas pelo Estado em função do interesse público por ele tutelado. Não é suficiente porque há hipóteses em que o Estado pode não se ver obrigado a só construir um mercado concorrencial perfeito, mas a atuar na geração de outros benefícios sociais (trabalho, renda, saúde, serviços públicos etc) [...] (MOREIRA, 2006)

No cumprimento do dever de fomentar a atividade econômica para assegurar a todos existência digna, o Estado poderá usar como formas de fomento os incentivos fiscais, financeiros ou outras formas de incentivos à produção.

25. Na medida em que o que caracteriza o Estado assistencial é sobretudo 'a intervenção direta do estado na transformação das condições de existência e de mudanças da sociedade' ele passa a estimular e a induzir a adoção de determinados comportamentos por parte dos agentes econômicos.

O que pode se dar através da fixação de prêmios às condutas positivas (um benefício fiscal oriundo do atingimento de determinado nível de produtividade, p.ex.), mas também através de técnica de “facilitação”: os expedientes através dos quais um grupo social organizado exercita um determinado controle sobre o comportamento de seus membros (neste caso consiste na promoção da atividade na direção desejada), não assegurando uma recompensa depois que a ação é concretizada, mas fazendo de molde que o seu cumprimento seja mais fácil (ou menos difícil). “Note-se a diferença: a recompensa vem depois, a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar”

26. Essas técnicas jurídicas de encorajamento têm uma diferença essencial em relação às técnicas repressoras: enquanto que estas são exercitadas em função da conservação de um estado das coisas, aquelas o são em função da mudança que se pretende implementar. No campo econômico, procura-se fazer com que os empresários alterem o seu comportamento econômico (já lícito), induzindo juridicamente vantagens econômicas caso se desempenhe determinada atividade segundo certos parâmetros de interesse coletivo.

Isso resultou numa alteração nodal na configuração das normas constitucionais: ‘Na constituição liberal clássica, a função principal do estado parece ser aquele de tutelar (ou garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado das funções da tutela ou da garantia, aparece mais frequentemente aquela de promover’. Ao Estado é imposto o dever constitucional de realizar mudanças, empenhando-se e estimulando a adoção de comportamentos socialmente construtivos. [...]

27. O fomento é tido pela doutrina de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandéz como um ato administrativo favorável. Os atos favoráveis (opondo-se aos ‘atos de gravame’) são definidos como aqueles que beneficiam o destinatário ‘com a ampliação de seu patrimônio jurídico, outorgando-lhe ou reconhecendo-lhe um direito, uma faculdade, um plus de titularidade ou de atuação, liberando-o de uma limitação, de um dever, de um gravame, produzindo, pois, um resultado vantajoso para o destinatário’.

Na definição de Juan Carlos Cassagne, o conceito de fomento ‘repousa sobre a idéia da conveniência de que o Estado projeta ou promova determinadas atividades que realizam as pessoas físicas ou jurídicas

com a finalidade mediata de procurar que, mediante a concretização de ditas atividades, resulte um benefício para a comunidade’.

28. Através do fomento, o Estado estimula (ou induz) os particulares à produção de determinados efeitos econômicos, mediante a promessa de específicos benefícios.

O fomento depende de definição prévia acerca dos motivos que o geraram e dos objetivos a ser atingidos através de melhoramento na alocação de determinados recursos (privados e públicos). O Estado estabelece determinadas finalidades socioeconômicas a serem atingidas e promove um estímulo extraordinário à iniciativa privada, a fim de que os agentes econômicos adotem determinadas condutas que gerem os benefícios sociais então perseguidos. Essa definição há de obedecer aos princípios constitucionais da motivação e da publicidade.

Em decorrência, o fomento implica na ampliação formal de esfera jurídica do empresário, outorgando-lhe, em contraponto aos investimentos e compromissos assumidos, determinados benefícios (fiscais, patrimoniais, jurídicos etc.) [...] (MOREIRA, 2006)

Portanto, na intervenção para o fomento da economia, o Estado pode elaborar atos normativos ou realizar atos administrativos que permitam a adoção de medidas necessárias para assegurar a todos uma existência digna, sendo certo que os incentivos ofertados pelo Estado são condicionados à consonância do projeto empresarial ao planejamento público.

3 FUNÇÃO DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS NA POLÍTICA DE FOMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

No contexto da função fomentadora da economia, o Estado instituiu uma nova finalidade para a licitação e introduziu um novo critério de preferências para produtos e serviços nacionais, reforçando a importância das aquisições públicas para o fomento da atividade econômica interna.

Como é sabido, o instituto da licitação possuiu previsão constitucional e tem por objetivo assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos

da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Na busca da efetividade plena do dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 8.666/93, sendo definido que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...] (BRASIL, 1993)

A redação primitiva do art. 3º da Lei nº 8.666/93 permaneceu incólume até a edição da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Com a nova redação proposta ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, agregou-se mais uma finalidade à licitação, qual seja: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...] (BRASIL, 2010)

A exposição de motivos da MP nº 495/2010, que alterou a redação do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, traz como fundamento para a alteração realizada, a necessidade de se reconhecer a importância das aquisições governamentais no desenvolvimento socioeconômico e tecnológico do País.

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante

a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas. [...]

6. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre

outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.[...]

9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho. (EXPOSIÇÃO ..., 2010)

Inegavelmente, com as alterações realizadas na legislação, o Estado reconheceu que as compras estatais podem ser usadas para o alcance dos seus objetivos constitucionais econômicos, especialmente, o desenvolvimento nacional, que é elemento essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

[...] a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social e contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhada da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. [...] garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir um sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é, de resto, primordial. (GRAU, 2007)

No exercício das funções ligadas à promoção da atividade econômica, as aquisições estatais são elementos estratégicos para o

desenvolvimento nacional, pois a demanda do Estado por bens e serviços pode garantir o desenvolvimento de determinada atividade econômica e, por conseguinte, o desenvolvimento socioeconômico de todos os envolvidos no ciclo produtivo daqueles bens ou serviços.

Neste passo, diante da clareza do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, hoje resta evidente que a licitação deve estar voltada para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não podendo objetivar exclusivamente o menor preço.

Todavia, o legislador, ao introduzir essa nova finalidade da licitação, não indicou de forma exaustiva as formas ou os meios que a Administração poderá usar para promover o desenvolvimento nacional sustentável nas aquisições públicas, limitando-se a instituir a margem de preferência, que em determinadas situações será o instrumento para tal fim.

Frisa-se, porém, que o Estado não ficará limitado ao instituto da margem de preferência para alcançar os objetivos constitucionais econômicos, posto que a alteração realizada no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93 proporciona uso de outros meios para tais fins.

3.1 MARGEM DE PREFERÊNCIA

O instituto da margem de preferência assegura que a Administração poderá adquirir produtos manufaturados e serviços nacionais, mesmo que esses sejam até vinte e cinco por cento mais caros que produtos alienígenas.

Os produtos manufaturados e serviços nacionais são definidos legalmente, nos seguintes termos: a) produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal (BRASIL, 2010).

O processo produtivo básico - PPB foi inicialmente previsto na Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, como “[...] o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto” (BRASIL, 1991).

Já as regras de origem são definidas como leis, regulamentos e determinações administrativas de uso geral, aplicadas pelos países membros da Organização Mundial de Comércio - OMC para determinar o país de origem do bem.

Diante das restrições e especificidades para uso da margem de preferência, é possível afirmar que essa se dirige claramente às licitações internacionais, não possuindo aplicação nos demais casos de aquisições realizadas pelo Estado (RIGOLIN, 2010), o que corrobora o entendimento sobre a possibilidade de uso de outros meios como instrumentos de promoção do desenvolvimento nacional.

3.2 A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DA ECONOMIA

Como visto, a lei não estabeleceu as formas e os meios que a Administração poderá usar para alcançar os objetivos legais da licitação, pois é impossível esgotar-se todas as hipóteses objetos da ordenação executiva pela lei, cabendo-lhe apenas delimitar a margem de atuação do poder discricionário da Administração.

[...] Rousseau, profeta dos novos ilustrados e defensor da vontade geral do primado da lei, sustentava que seria impossível que se esteja a toda hora legislando sobre tudo e chamando os órgãos de representação popular a se manifestarem sobre todo e qualquer assunto. Seria impraticável adaptar as leis aos acontecimentos, de modo que as leis poderiam tornar-se perniciosas e até mesmo “ser causa de destruição do Estado”. O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado. Todos esses fatores conduziram à pluralização e democratização do Estado. Acresça-se a isso a circunstância de haver uma carência de tempo do Legislativo em relação ao grande volume da legislação e a imperiosa necessidade de o Estado possuir um poder de criação do Direito que seja mais que o Legislativo. Este, na verdade, não dispõe de tempo para estudar todos os problemas secundários que exigem a atenção e a participação cada vez mais ativa do Estado. [...] Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe relevância política que ultrapassa o que os teóricos liberais do fenômeno constitucional podiam imaginar, isto é, “deslocou-se a primazia do Legislativo para o Executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa. [...]” (GUERRA, 2008)

Portanto, pode-se concluir que a ausência de indicação pela norma sobre as formas e os meios para o alcance dos objetivos da licitação foi proposital, e não descuido do legislador, pois caberá à Administração planejar suas aquisições, definindo nesta fase as características mínimas do objeto necessárias à preservação do interesse público e cabendo a essa ponderar as medidas mais eficazes para o alcance das finalidades legais da licitação.

Assim, no uso poder discricionário e diante do caso concreto, caberá à Administração definir os critérios que serão adotados nas aquisições públicas para preservar a isonomia, garantir a obtenção da melhor proposta e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O silêncio da lei possibilita que a Administração, dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, adote as medidas administrativas que entender necessária para execução de determinada política econômica, pois as ações ligadas à promoção da economia, por vezes não podem aguardar a dinâmica imposta pelo direito.

[...]. O tempo dos operadores do Direito (e das normas jurídicas) não é o mesmo daquele em que se desenvolve a economia contemporânea (onde o conceito medieval tornou-se quase que supérfluo em razão das conquistas tecnológicas).

2. Por outro lado, e à parte das coincidências que podem existir, fato é que a Ciência da Economia é mais veloz (mesmo no Direito Econômico). As atribuições e o desenvolvimento da economia vinculam-se a escolas edificadoras de teorias dinâmicas, a propor constantes e renovadas soluções aos diuturnos problemas concretos – que têm como ponto de partida e são diretamente aplicadas no mundo do ser.

A Economia vê o presente à luz do exame do passado, mas tem por objetivo projetar o futuro e propor inovações. As teorias são consolidadas e diversificadas com o passar dos anos [...].

Já o Direito é de usual mais lento, fechado e reacionário. Baseia-se no que já foi positivado em princípio e regras, depois de um longo processo de elaboração que tem por lastro uma visão pretérita (o mundo dos fatos, como existia ao tempo em que as normas foram elaboradas). [...]

4. Demais disso, essa visão de uma hermenêutica prospectiva exige uma integração mais intensa entre as “velocidades” jurídica e econômica – não no sentido de submeter as premissas ou a lógica de um Ciência à outra (o que se descarta com firmeza), mas sim para permitir uma compreensão mais adequada do que efetivamente se passa. [...] (MOREIRA, 2006)

Neste contexto, a descrição do objeto nos editais possibilita que a Administração limite o universo de seus potenciais fornecedores, pois nem todos os fornecedores poderão atender a demanda nos padrões mínimos fixados pela Administração, isto é, a licitação poderá ser um meio de fomento ou defesa de determinado setor econômico.

As decisões do Tribunal de Contas da União indicam que a Administração não está limitada a impor restrições previstas na legislação, essa poderá usar as cláusulas do edital para delimitar as características do objeto em decorrência de fatores técnicos e econômicos e que poderão diminuir casuisticamente a participação no certame, sem, contudo, configurar restrição desarrazoada ao certame.

Como constou do relatório precedente, o ponto fulcral questionado pela representante versou acerca de exigência relativa à especificação do objeto do certame, qual seja, a de que as peças componentes dos arquivos a serem instalados fossem pintadas sob o sistema antimicrobiano, de modo a atender aos padrões estabelecidos na norma JIS 2801 - Japan, ou a outro sistema certificado por laboratório credenciado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO.

Tal exigência, segundo a representante, teria acarretado restrição da competitividade do certame, afrontando os princípios basilares aplicáveis ao procedimento licitatório, porquanto somente uma única empresa, a Caviglia & Cia Ltda, a qual sagrou-se vencedora na licitação, possuía o laudo de conformidade com supracitada norma.

Corroboro o entendimento uníssono da unidade técnica no sentido de que as irregularidades apontadas pela representante não se confirmaram.

Com efeito, a necessidade da pintura antimicrobiana dos arquivos a serem fornecidos à Procuradoria-Geral da República, com vistas

à proteção dos bens ali armazenados, bem como da salubridade das pessoas que trabalham no local, não se afigura exigência descabida, porquanto não extrapola os limites do razoável, inserindo-se no âmbito da discricionariedade da Administração quanto à escolha do objeto do certame.

Além disso, ficou demonstrada a existência de fornecedores nacionais para o sistema de pintura antimicrobiana, nos moldes exigidos no edital, restando afastada a hipótese de que o único sistema existente seria aquele fornecido pela empresa Caviglia & Cia Ltda. Por esse motivo, observo que não se configurou o alegado direcionamento da licitação.

Releva consignar, ainda, conforme consta da instrução técnica, o fato de que os preços dos arquivos adquiridos pela Procuradoria Geral da República mostraram-se compatíveis com os do mercado. Tal constatação decorreu da comparação dos valores em questão com aqueles constantes da estimativa realizada pelo órgão, no curso do procedimento licitatório.

De mais a mais, não consta dos autos do procedimento administrativo referente ao pregão, qualquer impugnação acerca da questão levantada pela representante. Nesse ponto, insta salientar que, nem mesmo ela própria fez uso desse direito no decorrer do certame.

Diante dessas circunstâncias, não vislumbro a presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada nem tampouco de motivos plausíveis para o eventual cancelamento da licitação sob comento, razão pela qual a representação deve ser julgada improcedente. (BRASIL, 2008, grifos nossos)

É certo, porém, que a Administração não poderá apresentar características desnecessárias para a definição do objeto, pois essas são irrelevantes ao interesse público (esse expresso na lei de licitações pelo trinômio: preservação da isonomia - proposta mais vantajosa para administração - promoção do desenvolvimento econômico sustentável) e que restrinjam o caráter competitivo da licitação de forma desnecessária ou causem o direcionamento do certame para determinado concorrente, ou seja, na descrição dos critérios técnicos do objeto a Administração não poderá usar critérios desarrazoados ou desproporcionais.

Neste passo, desde que não sejam desnecessárias e irrelevantes, a Administração poderá usar as cláusulas editalícias para fomentar ou

defender de determinado setor econômico do mercado interno, sendo o planejamento precedente ao edital fundamental para consecução deste fim.

3.3 RESTRIÇÃO QUANTO À ORIGEM DO PRODUTO

A restrição editalícia quanto à origem do produto a ser adquirido é tema polêmico no âmbito das aquisições estatais, pois alguns entendem que a Administração não pode prestigiar o produto nacional em detrimento dos similares alienígenas, pois nesses casos haveria uma restrição injustificada à competição.

Contudo, parece-nos que a restrição quanto à origem do produto pode ser elemento essencial para o fomento e proteção do mercado interno, inexistindo ilegalidade na rejeição de produtos alienígenas pela Administração, especialmente nas licitações nacionais.

Nas licitações nacionais, não há autorização para participação de empresas estrangeiras, porém, seus representantes comerciais e importadores podem participar do certame, ou seja, a empresa estrangeira poderá vender seus produtos por meio de uma terceira pessoa constituída sob as leis brasileiras, inserindo-se, dessa forma, o produto alienígena no mercado interno.

A nova redação do *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93, que determina que a licitação deve promover o desenvolvimento nacional econômico, deixa claro e evidente que as aquisições públicas possuem função socioeconômica e são instrumentos de promoção e proteção do mercado interno, por meio da geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país, provendo de efetividade o texto da Constituição da República.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988)

Assim, diante da necessidade de proteger o mercado interno e de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, a Administração poderá definir pela aceitação ou não de produtos importados nas licitações.

A decisão de aceitar ou não produtos estrangeiros no certame possui fundamento constitucional e legal, inserindo-se no âmbito do

poder discricionário da Administração, uma vez que a característica de origem do produto integra a descrição do objeto, sendo ônus dessa a descrição do objeto que atenda adequadamente ao interesse público.

A imposição de restrições quanto à origem do produto pode ser instrumento essencial para execução de programas de desenvolvimento econômico, especialmente do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, pois possibilita que apenas os produtores estrangeiros estabelecidos no País participem da licitação.

O PAC é um programa constituído de medidas de estímulo ao investimento privado e ampliação dos investimentos públicos em infra-estrutura e de voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da Administração Pública Federal.

O planejamento idealizado ao programa propõe a expansão do investimento em infraestrutura, ressaltando-se que essa é condição fundamental para o esvaziamento dos gargalos da economia e estímulo ao aumento da produtividade e para a diminuição das desigualdades regionais e sociais, promovendo a aceleração do desenvolvimento sustentável do País.

O PAC vai estimular, prioritariamente, a eficiência produtiva dos principais setores da economia, impulsionar a modernização tecnológica, acelerar o crescimento nas áreas já em expansão e ativar áreas deprimidas, aumentar a competitividade e integrar o Brasil com seus vizinhos e com o mundo. Seu objetivo é romper barreiras e superar limites. (INVESTIMENTOS..., 2011) grifos nossos

Ademais, os produtos adquiridos pela Administração para execução do PAC são ligados ao setor produtivo de bens de capital, que é caracterizado pela produção de máquinas e equipamentos utilizados pela totalidade do sistema produtivo, por incorporar endogenamente a geração de tecnologia e, conseqüentemente, por difundir progresso técnico para o restante da economia, assumindo papel estratégico no processo de desenvolvimento econômico dos países:

[...] quanto maior o ritmo que emprega no desenvolvimento tecnológico, maiores também tendem a ser as repercussões sobre a velocidade do progresso técnico e do uso de ativos tecnológicos por outros setores. Destarte, a partir dos bens de capital, constrói-se uma

teia complexa de relações produtivas e tecnológicas, interligando sua dinâmica à de outros setores industriais, mas também ao agropecuário e ao de serviços. Ele permeia todos os demais, sobretudo o industrial e o Setor Primário, por ser o responsável pelo fornecimento de máquinas e equipamentos utilizados por estes. (AVELLAR; STRACHMAN, 2008)

A presença de um setor de meios de produção aumenta consideravelmente os efeitos de encadeamento para trás e o efeito multiplicador de qualquer expansão primária dos gastos autônomos da economia, ampliando o mercado interno e, conseqüentemente, o potencial de geração de emprego e renda (ALEM; PESSOA, 2005).

O fomento da indústria de bens de capital nacional passa a ser uma ação estratégica para dinamizar o crescimento econômico sustentável e, sobretudo, se ajustaria perfeitamente aos objetivos do Programa de Aceleração do Crescimento, pois o fortalecimento daquele setor produtivo pode proporcionar importantes avanços econômicos ao país, especialmente: a) diminuição da vulnerabilidade externa; b) impulso do crescimento econômico; c) desenvolvimento tecnológico; d) elevação da arrecadação de tributos; e) aumento dos empregos envolvidos direta e indiretamente no setor; f) ampliação da sinergia de arranjos produtivos.

Portanto, ter como obrigatória a aceitação de produtos importados, nas aquisições necessárias à execução das ações vinculadas ao PAC ou outro programa de fomento à economia, desprestigia o potencial fabril interno e frustra os objetivos de criação de empregos, geração de renda, aumento da produtividade nacional, modernização tecnológica e redução das desigualdades regionais e sociais do país, pois os produtos usados seriam produzidos em outros países.

Neste passo, considerando que as compras governamentais têm, por finalidade expressa em lei, a função de promover o desenvolvimento econômico sustentável, parece-nos razoável concluir pela possibilidade de imposição de restrição quanto à origem do produto, desde que adequada à política pública a ser executada por meio da aquisição.

Em sendo assim, se a Administração rejeitar produtos importados em determinado certame, não será possível classificar essa decisão como ilegal de forma imediata, pois possuiu arrimo constitucional e legal, devendo ser analisada sob a luz dos incisos I e II do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, que no âmbito das licitações traduzem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

3.3.1 O TCU E A RESTRIÇÃO QUANTO À ORIGEM DO PRODUTO

O Tribunal de Contas da União não possui entendimento consolidado sobre a legalidade da restrição a produtos de fabricação nacional em licitações nacionais ou comuns.

O tema foi abordado diretamente em dois julgados da primeira metade da década de noventa, do século passado, nas Decisões 147/1994 e 607/1994, ambas proferidas já sob a égide da Lei nº 8.666/93.

Nesses julgados, o Tribunal de Contas da União abordou duas situações fáticas distintas: a) existe vedação legal para não permitir a aceitação de produtos importados nas concorrências de âmbito nacional? b) pode a Administração exigir no edital que os produtos fornecidos sejam de fabricação nacional, nas licitações de âmbito nacional?

A primeira indagação foi respondida na Decisão 147/1994 (BRASIL, 1994), que, em resposta a consulta formulada pelo Supremo Tribunal Federal, foi afirmado que no tocante à abertura do certame aos veículos de fabricação estrangeira, não há impedimento legal quanto a esse procedimento, observando-se, no caso de empate, o preceituado no § 2º, incisos I, II e III, do art. 3º da mesma Lei nº 8.666/93.

Na Decisão 607/1994 (BRASIL, 1994), que analisou impugnação ao edital que restringiu a participação no certame para somente os concorrentes com estabelecimento fabril em território nacional, a Corte de Contas entendeu que decisão sobre o uso de licitação internacional ou nacional está inserida na discricionariedade da Administração e que, se optando pela segunda, não há imposição legal para a Administração aceitar produto estrangeiro, adotando-se o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto:

[...]. Se há bens produzidos no país e no exterior, há que se conciliar os aspectos de política econômica interna, ligados à proteção (sempre temporária) de um determinado segmento da economia, e fatores de controle de divisas e comércio internacional com a necessidade de abertura da economia ao mercado externo e incremento da competitividade dos bens e serviços brasileiros com os produzidos nos estrangeiros. (SOUTO, 1994)

Logo, dependendo dos aspectos da política econômica interna, a Administração poderia restringir a participação de fornecedores de produtos estrangeiros.

As decisões, aparentemente são antagônicas, porém uma análise detida das mesmas possibilita concluir que o Tribunal de Contas da União entende que:

- a) para ampliar a competição na licitação comum, diante da escassez de produto nacional, a administração **poderá** aceitar o produto estrangeiro, desde que esse atenda ao interesse público em conformidade com o similar nacional em todos os aspectos, inclusive no tocante às condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas;
- b) nas licitações nacionais, *poderá* a Administração exigir que os produtos a serem fornecidos sejam de fabricação nacional, para conciliar os aspectos de política econômica interna;
- c) no uso do poder discricionário, a Administração **poderá** aceitar ou não os produtos estrangeiros, diante dos elementos coletados durante a fase de planejamento da licitação, inexistindo regra que imponha a aceitação ou rejeição de produtos alienígenas.

Das conclusões extraídas dos julgados analisados é possível verificar que não há norma que obrigue a Administração a aceitar produtos estrangeiros em certames internos, sendo certo que, em determinadas hipóteses, a restrição quanto à origem do produto pode ser aceita pela Corte de Contas da União.

CONCLUSÃO

O Estado moderno não segue integralmente os ditames do liberalismo, e dessa forma, não está afastado das questões relativas à atividade econômica, atuando na fixação de parâmetros para a exploração dessa pelos particulares, no intuito de transformar a realidade socioeconômica, para que a ordem econômica constitucional alcance o maior nível de realidade.

A Constituição da República legou a exploração da atividade econômica para a livre iniciativa, ou seja, a sociedade organizada deve produzir os bens e serviços que demandar, gerando o

desenvolvimento socioeconômico com recursos privados, sem a intervenção do Estado.

Contudo, em algumas situações, o tempo necessário para o início da exploração espontânea de determinada atividade econômica não atende aos anseios da sociedade, sendo função do Estado adotar medidas de fomento para atrair, manter ou ampliar o leque de empreendedores para determinado setor da economia.

Na intervenção visando o fomento da economia, o Estado pode elaborar atos normativos ou realizar atos administrativos que permitam a adoção de medidas necessárias para assegurar a todos uma existência digna, sendo certo que os incentivos ofertados pelo Estado são condicionados à consonância do projeto empresarial ao planejamento público.

Em recentes alterações realizadas na legislação, o Estado reconheceu que as compras estatais podem ser usadas na promoção da atividade econômica, colaborando com o alcance dos seus objetivos constitucionais econômicos, especialmente, o desenvolvimento nacional, que é elemento essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reforçando-se a função estratégica das compras públicas.

Na margem de preferência assegura que a Administração poderá adquirir produtos manufaturados e serviços nacionais, mesmo que esses sejam até vinte e cinco por cento mais caros que produtos alienígenas, porém não pode ser considerado o único instrumento para proteção do mercado interno, uma vez que terá aplicação restrita.

A ausência de indicação exaustiva das formas e dos meios colocados à disposição da Administração para o alcance dos objetivos da licitação, possibilita o uso de características técnicas e relativas à origem do produto para obter o desenvolvimento nacional sustentável, viabilizando a execução de programas econômicos sem a necessidade de edição de normativos específicos, imprimindo agilidade aos trabalhos da Administração.

A restrição quanto à origem do produto a ser adquirido, apesar ser uma medida polêmica, parece-nos essencial para o fomento e proteção do mercado interno e encontra fundamento na Constituição da República e no *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93, sendo claro e evidente que as aquisições públicas têm função socioeconômica e são instrumentos de promoção e proteção do mercado interno, por meio da geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.

Portanto, na execução de políticas econômicas voltadas ao desenvolvimento interno, o exame da restrição quanto à origem do produto deve ser analisado à luz dos incisos I e II do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93, que no âmbito das licitações traduzem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Cláudia; PESSOA, Ronaldo Martins. *O setor de bens de capital e o desenvolvimento econômico: quais são os desafios?*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro. 2005. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set2203.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2011.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *Pleno emprego e trabalho decente*. O pensador selvagem, 2011. Disponível em: <<http://opensadorselvagem.org/ciencia-e-humanidades/demografia/pleno-emprego-e-trabalho-decente>>. Acesso em: 4 mar. 2011.

AVELLAR, Ana Paula; STRACHMAN, Eduardo. *Estratégias, desenvolvimento tecnológico e inovação no setor de bens de capital no Brasil*. Porto Alegre. 2008. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2169/2553>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8387.htm>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Lei nº 8.666, de 12 de junho de 1993. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23.3.2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 445/2008 – Plenário. Relator: Ministro Relator Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Decisão nº 147/1994 – Plenário. Relator: Ministro Relator Luciano Brandão Alves de Souza. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. *Tribunal de Contas da União*. Decisão nº 607/1994 – Plenário. Relator: Ministro Relator Ministro Homero Santos. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

E.M.I. Nº 104/ MP/MF/MEC/MCT. 2010. *Casa Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acessado em 23.3.2011.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexibilidade: uma nova teoria sobre escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

INVESTIMENTOS em infraestrutura para o desenvolvimento econômico e social. Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/pac/investimentos/>>. Acesso em: 08 fev. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada - A MP nº 495, de 19.7.10. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, Agosto 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=68758>>. Acesso em: 15 mar. 2011.